REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES

DEL

CONSEJO DE ESTADO

AÑO XLVII TOMO LXXXII

Nos 433-/434.

1972

PRIMER SEMESTRE

RELATORES:

CAMILO VARGAS AYALA

LUIS C. PEREZ MONTOYA

CONSEJO DE ESTADO

PRIMER SEMESTRE 1972

SALA PLENA

PRESIDENTE: DOCTOR ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA

VICEPRESIDENTE: DOCTOR ALFONSO CASTILLA SAIZ

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA:

Doctor Lucrecio Jaramillo Vélez
Doctor Alfonso Arango Henao
Doctor Jorge Dávila Hernández
Doctor Humberto Mora Osejo

SECCION SEGUNDA:

Doctor Nemesio Camacho Rodríguez
Doctor Eduardo Aguilar Vélez
Doctor Rafael Tafur Herrán
Doctor Alvaro Orejuela Gómez

SECCION TERCERA:

Doctor Alfonso Castilla Sáiz
Doctor Carlos Portocarrero Mutis
Doctor Osvaldo Abello Noguera
Doctor Gabriel Rojas Arbeláez

SECCION CUARTA:

Doctor Juan Hernández Sáenz
Doctor Gustavo Salazar Tapiero
Doctor Hernando Gómez Mejía
Doctor Miguel Lleras Pizarro

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Doctor Alejandro Domínguez Molina
Doctor Luis Carlos Sáchica
Doctor Alberto Hernández Mora
Doctor Mario Latorre Rueda

FISCALES:

Fiscal Primero:

Doctor Carlos Ramírez Arcila

Fiscal Segundo:

Doctor Gilberto Gartner Posada

Fiscal Tercero:

Doctor Bernardo Ortíz Amaya

Fiscal Cuarto:

Doctora Haydée Anzola Linares

SECRETARIO GENERAL:

Hernando Franco Rojas

RELATORES:

ZAMIR SILVA A.
ANTONIO J. ARCINIEGAS A.

MINISTERIO DE JUSTICIA

DECRETO NUMERO 144 de 1974

31 ENERO 1974

Por el cual se confiere una condecoración

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,

en desarrollo de las disposiciones del Decreto 1258 de 1970, y

CONSIDERANDO:

Que el doctor GABRIEL ROJAS ARBELAEZ ha cumplido diecisiete años de servicio público, dedicados primordialmente a la Administración de Justicia y a la docencia en el campo del derecho, complementada con la publicación de obras jurídicas de indiscutible mérito;

Que en la Administración de Justicia ha desempeñado con pulcritud, brillo y acierto la judicatura y la magistratura;

Que en la actualidad desempeña el cargo de Consejero de Estado y, con brillo y eficiencia, ocupó la Presidencia de esa H. Corporación;

Que por medio del Decreto 1258 de 1970 fué creada la condecoración "José Ignacio de Márquez al Mérito Judicial", para exaltar las virtudes y servicios de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, y como estímulo a la honestidad, consagración, perseverancia y superación de estos servidores del Estado,

DECRETA:

ARTICULO 1o. *Confiérese al doctor GABRIEL ROJAS ARBELAEZ la condecoración "JOSE IGNACIO DE MARQUEZ AL MERITO JUDICIAL", en su categoría de oro, como exaltación y reconocimiento por los eminentes servicios prestados a la causa de la Justicia y por su sobresaliente consagración y perseverancia en el desempeño de sus elevadas funciones judiciales.*

ARTICULO 2o. *La concestón de esta distinción confiere tambien al condecorado el derecho de usarla en actos públicos.*

ARTICULO 3o. *El registro de la condecoración otorgada y el archivo de todos los efectos a ella relativos, corresponden al Secretario General del Ministerio de Justicia como Canciller del Consejo de las Condecoraciones.*

ARTICULO 4o. *El presente Decreto rige desde la fecha de su expedición.*

COMUNIQUESE y PUBLIQUESE

Dado en Bogotá, D.E. a, 31 de Enero de 1974

MISAEL PASTRANA BORRERO

EL MINISTRO DE JUSTICIA, ENCARGADO,

ALFONSO REYES ECHANDIA.

ES FIEL COPIA:

GUILLERMO SALAH ZULETA
SECRETARIO GENERAL

LA CAUSA DE LA JUSTICIA

(Palabras del Consejero Doctor GABRIEL ROJAS ARBELAEZ, el 12 de Junio de 1974, al agradecer al señor Presidente de la República la condecoración "José Ignacio de Márquez").

Señor
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA, Señor MINISTRO DE JUSTICIA,
Colegas del Consejo de Estado, Señores MAGISTRADOS,
Señoras, Señores:

Magnánima la República ha venido en conferirle al Funcionario Desconocido, a un anónimo oficiante del Foro, la Condecoración que para distinguir servicios judiciales instituyó élla hace algún tiempo. La Condecoración lleva el nombre de uno de nuestros patricios más ilustres, quien ya como Presidente de la Nación, ya como Legislador, ya como Juez o como simple ciudadano, fue siempre un Magistrado, y por eso encabeza entre nosotros la raza espiritual de los Prudentes.

Gajo de laurel enaltecedor, la Condecoración "José Ignacio de Márquez" está destinada al mérito judicial, según reza el decreto de creación. Sin embargo, en el presente caso se ha sobrestimado ese mérito, pues si el honor ha sido propicio, ello indudablemente se ha debido a la benevolencia de las autoridades que intervienen en su otorgamiento, y quizá también a la intercesión de amigos nobilísimos. No posee quien es el beneficiario ahora de la distinción, la voz potente de aquellos a quienes la Nación ha señalado, por su saber y por sus virtudes, como los intérpretes de su conciencia y los portadores de su palabra. No es astro de ninguna magnitud en los dilatados espacios por donde gravitan y donde fulguran las figuras cenitales del *Jus*, que desde allí nos proporcionan la merced de sus altos razonamientos. No goza de luz propia, y tal vez apenas malamente refleje la irradiada por la prestigiosa Corporación a la que ingresó hace tres lustros, y donde en compañía siempre eminente, ha participado en el manejo de valores fundamentales; en el trasiego de esencias finas; en el cotidiano ejercicio de discernir el Derecho, en servir, sin brillo pero con devoción, la Causa de la Justicia.

La Causa de la Justicia es el concepto más sugestivo y substancial que invoca el acto deparador de la presea. Efectivamente, en el sentido de Empresa la Justicia es la mas noble de las causas, la más universal y la más humana. No hay cultura posible, ni hay humanismo concebible fuera de los dominios señoreados por la impasible deidad de la balanza y de la espada. Y si se habla de instituciones de pacificación y de progreso, ninguna podrá igualar a la que

busque suscitar en el hombre esa firme y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo, en que consiste la excelsa condición de los justos. Se trata de un sentido que es preciso desarrollar y fortificar hacia todas las manifestaciones humanas, porque en el campo social, y para usar uno de los términos más en boga, resulta él la mayor fuente energética. Y porque entre los mayores desatinos públicos, está el de pretender compensar el debilitamiento de ese sentido, a lo cual concurren varios y proteicos motivos, con la multiplicación de las normas, con las redes de prescripciones. La Justicia comienza por ser una disposición espiritual y un estado de alma, y así se dan la base de una civilización y la cifra del hombre culto. Si de un tiempo acá no hubieran alcanzado tanto prestigio las supersticiones y tanto poder los abogados de la idolatría, se comprendería fácilmente cómo se puede ser un bárbaro y a la vez un semiletrado, un pseudo artista, un depósito de información y un banco de datos.

Sin una predisposición para el Bien, que es una disposición de Justicia, el avance cultural no existe. Podrá haber, cuando más, pirámides de nombres y de números, desvanes de yertas noticias. Pero la mente de un hombre así —decía Wilde— "es una cosa horrible; es como un *bric* a *brac;* es como un baturrillo monstruoso y polvoriento".

La Causa de la Justicia exige también mantener en su alta dignidad el concepto del Derecho, y rescatar a éste de esa deteriorada posición a la que se complacen en llevarlo quienes, creyendo hacer una proeza intelectual, lo han alineado entre los dioses subalternos. Principio dinámico y trascendente, formidable idea-fuerza, imponderable poderoso, cifra "donde se manifiesta y toma forma cambiante lo Absoluto", sus funciones no son serviles sino reales. No es cierto que él sea objeto de influencias, sino que, por ser sujeto de éllas, no hay nuevo campo de actividad humana donde no se requiera apelar a sus dominantes regulaciones. Dominó la economía pastoril, imprimiéndose en la costumbre; rigió la economía mercantil, y rige la economía industrial, sobre todo donde ésta proyecta sus claroscuros. Hay el Derecho del Mar y el Derecho del Aire; existen el Derecho Privado y el Público. Pero, lo que mejor manifiesta el sitio cimero de esa noción, la soberanía suya, su existencia *ab aeternitate,* y su puesto en el empíreo de los conceptos, es que todo se pretende hacer bajo su egida, y nada, absolutamente nada bajo las banderas de la Injuria. El patrocinio suyo es el que más se invoca, y ningún poder lustral hay como el que tiene ese nombre. No se adelanta empresa alguna, individual o colectiva, sin que se cumpla con el rito de darle un bautizo jurídico. Todos los movimientos sociales han pretendido justificarse bajo esa egida: los constructores y los destructores, los positivos y los negativos, los de la paz y los de la guerra. Pero, lo que mayor significación alcanza, es el hecho de que la escuela que no cree en la dialéctica de los valores ideales; la que trata a la Filosofía como Miseria, y considera a la Historia tan sólo como

un registro de los conflictos de intereses, sea la que con mayor sentido jurídico ha buscado cargar una palabra: la de "reivindicación", que no evoca más que prioridades y conflictos de pertenencia.

Mantener el Derecho su alto rango, hacerle Justicia, es necesario para evitar que la función judicial se vuelva triste, que se estimule la perversión social y se haga mísera la Jurisprudencia. Ante todo interesa por lo segundo. Es erróneo bajar la estatua de su pedestal y privar a la imagen de su peana o de su hornacina, porque esto no mengua la representación, pero sí va en detrimento del ambiente religioso o del grupo estético. Hay una jerarquía de valores que interesan al Bien Común, y contra la cual son inocuas y absurdas las rabiesillas de los espíritus rasantes. El Derecho en su pura concepción tiene allí un sitio. Al señor de Montesquieu y, siglos antes de él, a Marcus Tullius Cicero, los horrorizaba la concepción de la norma jurídica como un producto, como una simple manufactura. Eso fue casi a años luz de la revolución industrial y del apogeo del comercio, cuando sólo la hondura y finura de las percepciones explicaba esas actitudes. Pero ahora, época de saturación materialista y de explosión de las especies venales antropomórficas, preservar ciertas nociones con el cuidado con que se suelen preservar ciertas especies del bosque, especies que purifican los aires y nutren las aguas, ya no es solo actitud mental sino postura táctica.

La Causa de la Justicia demanda además administrar ésta, no sólo con la devoción del oficio, sino aún con la delectación que es propia del arte. Trabaja el Juez con materiales muy sensibles, entre los cuales el que es en apariencia el más ínfimo, se incorpora de pronto, como lo anotaba Balzac alza su voz y decide el proceso. Todo depende de la finura de percepción e indudablemente que, a veces, hasta del gusto. Decir el Derecho es volver a atar lo que ató Dios y que desató el hombre; es levantar una construcción que, si es sólida no puede dejar de ser armoniosa; es reanudar la sinfonía; es emplear del modo más diestro una paleta. En las decisiones judiciales, como en los cuadros, hay que tener en cuenta el valor de los colores, los juegos de luz y aún las distancias; no porque allí puedan tener lugar las ilusiones o alguna significación lo ficticio, sino porque es la manera como se logra y se realza una expresión, como se vigorizan perfiles, como se obtiene la colaboración de lo inerte. La Ley requiere para su noble voz de adecuados canales; su hermosa imagen debiera estar siempre en lienzos finos.

Pero si esto tiene valor en cuanto se relaciona con la obra intrínseca, lo tiene también en cuanto la función judicial es la que contribuye de mejor modo a sacar avante la concepción del Estado "como obra de arte". En las célebres cartas de Schiller al Duque de Augustenburgo sobre la Educación Estética del Hombre, el pensamiento más de relieve es el que afirma que "la obra de arte más perfecta que cabe es el establecimiento de una verdadera libertad".

La Ley es la que otorga la Libertad, y son los Jueces quienes la interpretan y aplican.

Quien habla ahora con motivo de haber sido honrado tan altamente, se siente poseído por un profundo sentimiento de gratitud. Pero al mismo tiempo se duele de no haber podido en el desempeño de sus funciones sobrepasar el primer estadio: el del oficio, no obstante el largo tiempo vivido en un mundo maravilloso. Mundo fulgente y señoreado por las leyes que el hombre dicta, y por las que a él le son dictadas. Universo sereno y armonioso, hecho para que encuentren conciliación los contrarios, y donde se hace más objetivo el punto de contacto entre lo abstracto y lo concreto, entre lo ponderable y lo imponderable, entre la esencia y la existencia.

Mundo que pueblan entes de una especie aparentemente hiperbórea, pero que se animan al calor del Logos y palpitan a la voz de la Vida.

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO I

Consultas de Gobierno

CONSULTAS DEL GOBIERNO

MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

ASIGNACIONES QUE PROVENGAN DEL TESORO PUBLICO. *Prohibición de recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público. Excepciones a esta prohibición. Compatibilidad entre la pensión de jubilación, la asignación de retiro, las pensiones militares y los sueldos públicos. Opción del interesado para escoger lo más favorable.* **Es norma constitucional, art. 58 de la Carta, la que prohibe "recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público –agrega el mismo precepto, el de la Nación, los Departamentos y los Municipios–". La disposición transcrita corresponde al art. 23 del Acto Legislativo No. 1 de 1936, reformatorio del art. 64 de la Constitución de 1886. La enmienda constitucional de 1936, tuvo como finalidad ampliar y precisar el alcance de la prohibición al sustituír el concepto de "sueldo" por el más extenso de "asignación", incluír en las asignaciones las provenientes de las empresas e instituciones en que tenga parte principal el Estado, y al definir el Tesoro Público como el de la Nación, los Departamentos y los Municipios. Al revisar las leyes que establecen las excepciones a la prohibición constitucional del art. 64, es posible ordenar éstas en dos grupos básicos:**

a) Las que permiten la acumulación de empleos y de su correspondiente remuneración. Obedecen al propósito de resolver dificultades de orden fiscal y de personal administrativo en los pequeños municipios (ley 4a. de 1913, art. 307, Decreto 1713 de 1960, art. 13), al de facilitar la actividad docente de los funcionarios administrativos y del orden judicial, que ha sido vieja preocupación del legislador, (Ley 89 de 1892, sobre instrucción pública, art. 15, y leyes 100 de 1892, art. 2o. 105 de 1931, art. 2o. y Decreto Ley 250 de 1970, sobre organización judicial), o al de aprovechar en diferentes dependencias administrativas por tiempo parcial, los servicios de profesionales con título universitario (Decreto Ley 1713 de 1960, art. 1o. b);

b) Las que hacen compatible el disfrute de la pensión con el desempeño de un cargo público o permiten el cobro simultáneo de dos pensiones distintas (o prestaciones de similar naturaleza).

Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil – Bogotá, D.E., febrero veinticinco de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Alberto Hernández Mora.

Radicación No. 610

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social somete a la consideración de la Sala la siguiente consulta:

"1. La pensión de retiro y el sueldo de retiro de que disfrutan los miembros de las Fuerzas Armadas son compatibles con la pensión de jubilación de que trata la Ley 6a. de 1945 y demás disposiciones que la adicionan y reforman?

"2. En caso negativo, puede el titular de una pensión de retiro o de un sueldo de retiro renunciar a ellos para acogerse al régimen prestacional de los empleados oficiales"?

LA SALA CONSIDERA:

1. Es norma constitucional, art. 58 de la Carta, la que prohibe "recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público –agrega el mismo precepto, el de la Nación, los Departamentos y los Municipios".

La disposición transcrita corresponde al art. 23 del Acto Legislativo No. 1 de 1936, reformatorio del art. 64 de la Constitución de 1886 que estatuía:

"Nadie podrá recibir dos sueldos del Tesoro Público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes".

La enmienda constitucional de 1936, como se advierte de la simple comparación de los dos textos anotados, tuvo como finalidad ampliar y precisar el alcance de la prohibición al sustituír el concepto de "sueldo" por el más extenso de "asignación", incluír en las asignaciones las provenientes de las empresas e instituciones en que tenga parte principal el Estado, y al definir el Tesoro Público como el de la Nación, los Departamentos y los Municipios.

2. Al revisar las leyes que establecen las excepciones a la prohibición constitucional del art. 64, es posible ordenar éstas en dos grupos básicos:

a) Las que permiten la acumulación de empleos y de su correspondiente remuneración. Obedecen al propósito de resolver dificultades de orden fiscal y de personal administrativo en los pequeños municipios (Ley 4a. de 1913, art. 307, Decreto 1713 de 1960, art. 13), al de facilitar la actividad docente de los funcionarios administrativos y del orden judicial, que ha sido vieja preocupación del legislador, (Ley 89 de 1892, sobre instrucción pública, art. 15, y leyes 100 de 1892, art. 2o. 105 de 1931, art. 2o., y Decreto Ley 250 de 1970, sobre organización judicial), o al de aprovechar en diferentes dependencias administrativas por tiempo parcial, los servicios de profesionales con título universitario (Decreto Ley 1713 de 1960, art. 1o., b);

b) Las que hacen compatible el disfrute de la pensión con el desempeño de un cargo público o permiten el cobro simultáneo de dos pensiones distintas (o prestaciones de similar naturaleza).

Sobre esta clase de excepciones, puede anotarse:

La Ley 6a. de 1945, que estableció en forma general la pensión vitalicia de jubilación para los empleados y obreros nacionales que completaran 20 años de servicios y 50 de edad (art. 17), consagró al mismo tiempo una excepción al art. 64 de la Carta, en los siguientes términos:

> "**Artículo 33.** Los trabajadores oficiales jubilados podrán desempeñar cargos públicos y continuar recibiendo la pensión siempre que el valor conjunto de sueldo y la jubilación no pase de $200.oo mensuales".

Disposiciones legales posteriores fueron progresivamente elevando este tope que es hoy de $1.600.oo para los empleados administrativos (Ley 1a. de 1963 y Ley 57 de 1964) y de $3.000.oo para los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público (Decreto 545 de 1971, art. 15).

Las leyes reglamentarias de las pensiones o sueldos de retiro del personal de oficiales y sub–oficiales de las Fuerzas Armadas, consagraron igualmente la compatibilidad de la asignación de retiro con el sueldo proveniente del desempeño de empleos públicos.

Dice así la Ley 2a. de 1945:

> "**Artículo 71.** Las asignaciones de retiro se pagan por mensualidades vencidas, durante la vida del agraciado, y no son incompatibiles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, con excepción de los del ramo de Guerra".

Esta misma disposición se repite en los diferentes estatutos dictados hasta el año de 1968, (Decreto 3220 de 1953, art. 124, Decreto 501 de 1955, art. 127, Ley 126 de 1959, art. 100 y Dct. 3071 de 1968, art. 123), pero en el estatuto de 1959 ya no aparece la prohibición relativa a los cargos en el ramo de Guerra.

El Decreto Ley 1713 de 1960 que establece excepciones al art. 64 de la Constitución, exceptúa entre otras asignaciones las de retiro de los militares. Dice el decreto en lo pertinente:

> "**Artículo 1o.** Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de Empresas o Instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación:
>
> "....
>
> "d) Las que con carácter de pensión o sueldo de retiro disfruten los miembros de las fuerzas armadas".

En la reforma administrativa de 1968, originada en las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la Ley 65 de 1967, se dictó el Decreto Ley 2285 de 1968, sobre remuneración de los empleos, cuyo art. 9o. dispone:

> "De conformidad con el artículo 64 de la Constitución Nacional, ninguna persona podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de Empresas o Instituciones en que tenga parte principal el Estado, así se trate de contrato, representación, comisión u honorarios, salvo lo que para casos especiales establecen las leyes y en particular el Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1a. de 1963".

Posteriormente en 1969, noviembre 4, se expidió el Decreto 1848, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968, que "regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales", actualmente en vigencia.

El Decreto 1848, dice en su artículo 77:

> **"Incompatibilidad en el goce de la pensión.** El disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con la percepción de toda asignación proveniente de entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, cualesquiera sea la denominación que se adopte para el pago de la prestación del servicio, salvo lo que para casos especiales establecen las leyes y en particular el Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1a. de 1963".

3. Otras normas legales, y para diferentes categorías de servidores públicos, han hecho compatible para casos especiales, la percepción simultánea de asignaciones de retiro.

El Decreto Ley 546 de 1971, "sobre régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público", dispuso así, en su artículo 15:

> "Las pensiones de jubilación y vejez son incompatibles con la remuneración de cualquier otro cargo oficial, salvo cuando el valor conjunto de una de aquellas y de ésta no exceda de $3.000.oo mensuales, o cuando se trate de asignaciones o pensiones provenientes exclusívamente de cargos docentes".

Para el personal de maestros oficiales, la ley igualmente permite la acumulación de la pensión nacional y la departamental. (Ley 114 de 1913, art. 4o. ord. 3o.).

4. En cuanto a la compatibilidad de las pensiones militares con las civiles, el Consejo de Estado se ha pronunciado afirmativamente en dos sentencias, una del 26 de agosto de 1969, y otra pronunciada el 2 de junio de 1971.

La primera de estas providencias se basa en la disposición anteriormente transcrita del Decreto 1713 de 1960, y la segunda en esta misma disposición y en lo dispuesto especialmente para las pensiones militares, en las leyes igualmente comentadas.

Dice así el Consejo en sus dos fallos:

Sentencia del 26 de agosto de 1969:

> "Piensa la Sala que, cuando la pensión es transmisible a los beneficiarios, como en el presente caso, ellos la adquieren y disfrutan con las mismas prerrogativas del causante, por lo cual debe concluírse que la señorita Rosillo Alvarez, en cuanto beneficiaria de su padre el Coronel Rosillo, puede legalmente percibir la pensión de retiro, en la cuantía señalada por la ley, y al mismo tiempo, la pensión que, por otros motivos, le ha otorgado la Universidad Nacional. Ello es posible dada la clara excepción consagrada por el Decreto 1713 de 1960 a la norma general consignada en el artículo 64 de la Carta".

Sentencia de 2 de junio de 1971:

> "El señor Pereira Ruiz es suboficial en goce de asignación de retiro y lo era ya, por servicios militares mientras estuvo desempeñando el cargo de especialista 4o. en la Policía Nacional. Si le fué posible devengar allí un sueldo sin perjuicio de recibir su asignación de retiro, obviamente podrá recibir la prestación correspondiente a la incapacidad que vino a afectarlo, encontrándose en desempeño del mismo empleo".

5. Esta era la situación existente en materia legislativa y jurisprudencial para las asignaciones militares de retiro, hasta el 3 de diciembre de 1971, fecha en que se dictó el Decreto Ley 2337 (1971), "por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Sub–Oficiales de las Fuerzas Militares", en uso de las facultades extraordinarias que el Congreso confirió al Presidente de la República en la Ley 7a. de 1970, decreto contentivo de la siguiente disposición que resuelve, desde su vigencia, las preguntas formuladas a la Sala por el Señor Ministro de Trabajo, por petición de la Caja Nacional de Previsión.

> "**Artículo 128.** *Forma de pago de asignaciones de retiro y pensiones.* Las asignaciones de retiro y pensiones se pagarán por mensualidades vencidas durante la vida del agraciado y son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos.
>
> "Las asignaciones de retiro y pensiones militares son incompatibles entre si y con las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez y no son reajustables por servicios civiles prestados al ramo de defensa u otras entidades de derecho público. El interesado puede optar por la más favorable".

Transcríbase al Señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Alberto Hernández Mora — Presidente — *Alejandro Domínguez Molina* — *Mario Latorre Rueda* — *Luis Carlos Sáchica.*

Edné Cohén Daza
Secretaria.

CONSULTAS DEL GOBIERNO

MINISTERIO DE GOBIERNO

ACCION COMUNAL Y SUS JUNTAS. *Evolución y contenido de su régimen legal. Sus funciones y fines desde el punto de vista legal. Carácter de estas juntas. Formación, características y fines de su patrimonio. Facultades y limitaciones sobre éste.*

Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Bogotá, D.E., marzo siete de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Mario Latorre Rueda

Ref: Radicado No. 615

Del señor Ministro de Gobierno se recibió la siguiente consulta:

"Señores Consejeros:

A fin de atender varias solicitudes formuladas por algunos Concejos Municipales y Juntas de Acción Comunal de distintas regiones del país, con toda atención me permito pedir a esa H. Sala su concepto sobre el alcance de los artículos 31, 33 y 34 del Decreto No. 2070 del 11 de Diciembre de 1969, pues estas normas han sido objeto de distintas interpretaciones.

En efecto, consideran algunas Juntas que las obras iniciadas y terminadas, o simplemente terminadas por Acción Comunal con auxilios nacionales, departamentales o municipales, son patrimonio exclusivo de ellas, así como el usufructo de las mismas, aun en el caso de que las obras sean de beneficio común, v.g. mercados públicos, casas de gobierno municipal, etc. levantadas en predios de propiedad de las Juntas o del municipio ú otra entidad de derecho público, que los han destinado para obras que las referidas Juntas adelantan por Acción Comunal.

Otros, por el contrario, conceptúan que, en el evento de que las obras referidas se lleven a término por las mencionadas juntas con auxilios oficiales, y sean de la naturaleza señalada anteriormente, no se podrán considerar como de propiedad de dichas asociaciones o juntas, sino del municipio en cuya jurisdicción se hubiesen realizado. Y que otro tanto debe ocurrir con el producto o usufructo de aquéllas obras.

Con la presente me permito acompañarles copia auténtica del Decreto No. 2070 a que he hecho referencia".

Tal vez no sea ocioso, previamente y antes de entrar propiamente en el tema de la consulta, referirse a la evolución de la Acción Comunal y a sus Juntas

en su consideración y aspecto legal únicamente, sin necesidad de hacerlo en forma estrictamente cronológica.

Así, si se comienza por la Ley 19 de 1958 y sus artículos 22, 23 y 24 en donde se consideran ya las Juntas de Acción Comunal, se observó que desde entonces se estima que a ellas se les pueden encomendar determinadas funciones en relación a los servicios públicos y se prescribe que el Gobierno fomentará la cooperación de los vecinos y promoverá la formación de estas Juntas.

No deja de carecer de interés que esta Ley se haya ocupado de estas Juntas ya que como es sabido ella tiene por finalidad, al iniciarse un nuevo período institucional, una reforma administrativa. En esa Ley, entre otras cuestiones, se establece el Departamento Administrativo de Planeación, se organiza el Servicio Civil y la Carrera Administrativa, se crea en el Consejo de Estado una Sala especializada y se propende a una descentralización por servicios entre la Nación, los Departamentos y los Municipios. Como lo expresa el art. 1o., que señala la orientación y finalidades de esta Ley, con ella, al reorganizar la Administración Pública, se busca asegurar la coordinación y continuidad de la acción oficial conforme a planes de desarrollo, y, a más de procurar la estabilidad y preparación de los funcionarios, asegurar también el ordenamiento racional de los servicios públicos y la descentralización de los que puedan funcionar más eficazmente bajo las autoridades locales.

Se ha hecho referencia a esta Ley y se han hecho transcripciones para recordar y recabar su importancia; ella señala, en síntesis, una orientación y, siguiendo esa orientación, una reorganización de la Administración, del Gobierno y del Estado mismo. Es, para concretar y en uno de sus aspectos nada más, la reafirmación del Estado planificador. Y por eso, al tratar en esta Ley de la Acción Comunal y de sus Juntas, les da y adquieren un relieve y unas características especiales: las incorpora a la acción del Estado y en el mismo estatuto en que se ocupa de la Planeación, de la Carrera Administrativa, de la descentralización. No es pues la Acción Comunal una cuestión aislada, una entre tantas otras iniciativas, muchas necesariamente secundarias, de las que son propias o se atribuye el Estado.

Ahora, si se examina esta ley en su conjunto, podría considerársela dividida en dos grandes aspectos: de una parte, con reformas y organización más acentuadamente administrativas se busca darle eficacia al Estado, y de otra, se busca incorporar a los ciudadanos a la acción del Estado, a propender por su participación, a fin igualmente de que ese Estado sea más eficaz. En el primer aspecto de esta distinción que no pretende ser rigurosa, se comprenderían la Planeación, la Carrera Administrativa, la reorganización de los Ministerios; en el segundo, en parte la descentralización pero principalmente la Acción Comunal y sus Juntas.

Y es fácil presumir que uno de los fundamentos de esta Ley al buscar esa participación ciudadana es reaccionar contra esa característica de que Estado y ciudadano, según observación común y repetida, se mueven, si puede hablarse así, en órbitas distintas, aislado el uno del otro; se observa según esto que la acción del Estado, si ese ciudadano no reacciona ante ella con hostilidad por considerar que interfiere en su propio ámbito, si la mira con marcada indiferencia, y que al mismo tiempo y en otras circunstancias, con tendencia que acentúa indudablemente la centralización, ese mismo ciudadano estima que sus necesidades, aun las más elementales e inmediatas y que podría abocar por si mismo, cuya solución atribuye siempre al Estado, al "Gobierno, no serán atendidas y nisiquiera conocidas por ese mismo Estado, lejano, impersonal y extraño.

La descentralización, expresándolo sencillamente, tiende entre otras cosas a quitarles ese carácter impersonal al Estado, y para hacerlo refuerza entidades que, se estima, están más cerca del individuo, a su alcance, como son el Departamento y aún más el Municipio; paralelamente, con las Juntas de Acción Comunal, integradas por "vecinos" como dice la Ley, se da un instrumento a los individuos, una forma de participación para la solución de necesidades sociales, dentro de un marco territorial restringido precisamente para que se adquiera esa vinculación en los asuntos que transcurren en el ámbito de la vida diaria y que, aunque colectivos, son propios, casi tangibles para quienes integran esas Juntas. Es así como el artículo 23 de esta Ley señala que la cooperación de los vecinos se ejercerá, para dar algunos casos, en la administración de las aguas cuyo uso pertenezca a varios riberanos, en mejorar los sistemas de explotación agrícola, en construír viviendas populares, en construír y mantener carreteras, puentes y caminos vecinales, asuntos todos, como se ha dicho, estrecha e íntimamente vinculados a la experiencia y diario vivir de la gente.

Ahora bien, esa participación ciudadana puede provenir de la que podría considerarse iniciativa privada. Es fácil suponer que la propicia una iglesia, un partido político, cualquier institución o se origine espontáneamente en los mismos ciudadanos. Aunque nada impide que así se haga, la Acción Comunal y sus Juntas revisten otro carácter. La Ley prescribe que el Gobierno "fomentará" la cooperación de los vecinos y le indica, en el art. 24, que puede suministrar asistencia técnica para la promoción de esa cooperación comunal, establecer subvenciones para los establecimientos y organizaciones que se creen o mejoren por la acción directa de los vecinos, organizar cursos e instituciones que preparen personal encargado de promover la formación de Juntas de Acción Comunal. Es decir, es una actividad que supera la mera órbita privada, que el Estado recoge, difunde y promueve y a la que puede destinar parte de sus recursos; es una actividad que entra, como se dice

usualmente, a ser "oficial"; que el Estado incorpora a su propia acción y ubica dentro de sus funciones.

Precisamente en virtud de esta característica, y en desarrollo de la Ley 19, por el Decreto 1761 de 1959, se creó en el Ministerio de Educación Nacional la División de Acción Comunal, con su Dirección y Secciones, a la que se señala, entre otras funciones, la de dirigir las campañas de Acción Comunal y la de promover la formación de Juntas.

Más tarde, por el Decreto 1634 de 1960 que reorganiza el Ministerio de Gobierno, se adscribe a este Ministerio la dirección y coordinación de las campañas de Acción Comunal, con su Dirección y Secciones, creando, entre las entidades asesoras, el Consejo Nacional de Acción Comunal integrado por varios Ministros (Gobierno, Agricultura, Salud, Fomento, Educación, Obras Públicas) y por representantes de la Federación de Cafeteros y de las centrales sindicales, que tiene como función, a escala nacional, estudiar los problemas, necesidades, recomendaciones y programas de la Acción Comunal. Fuera de la importancia que se atribuye a la Acción Comunal y que este Decreto hace patente, en la misma forma es patente, con la vinculación de diversos Ministros en el Consejo Nacional de Acción Comunal, y se relieva más, que esta es una actividad del Estado, orientación que se reafirma, fuera de otras características que adquiere, al atribuírsela precisamente al Ministerio de Gobierno.

Ese carácter se mantiene y se acentúa, hasta el Decreto 2070 que contiene normas de las que hay que ocuparse en particular en esta consulta y que es una regulación detallada de las Juntas de Acción Comunal, en Decretos como el 334 de 1968 que al fijar la Planta de Personal del Ministerio de Gobierno clasifica los cargos de Promotores de Acción Comunal y les atribuye las funciones que les corresponden, o el Decreto 3159 de 1968 que reorganiza el Ministerio de Gobierno al cual, entre las competencias que le corresponden, se le vuelve a atribuir la de dirección y coordinación de la Acción Comunal y a cuya estructura pertenece la Dirección General de la Integración y Desarrollo de la Comunidad con sus Divisiones y la correspondiente determinación y distribución de funciones.

Este último Decreto, es conveniente mencionarlo de una vez, crea como establecimiento público el Fondo de Desarrollo Comunal, adscrito al Ministerio de Gobierno, con personería Jurídica, autonomía Administrativa y patrimonio independiente, que tiene como propósito la coordinación de la ayuda técnica y económica a las Juntas de Acción Comunal y entre cuyas funciones están las de supervigilar la inversión de los fondos que se apropien para organismos comunales, distribuir las partidas globales que se apropien en el Presupuesto Nacional, otorgar auxilios a los organismos comunales y conceder préstamos para obras y campañas de desarrollo de la comunidad.

Dentro de este aparte, aunque de menos importancia, se pueden mencionar el Decreto 3251 de 1961 que establece que la publicación en el Diario Oficial de las Resoluciones sobre reconocimiento de la personería jurídica de las Juntas de Acción Comunal se hará gratuitamente y la Resolución Orgánica 526 de 1967 de la Contraloría General de la República que al fijar la cuantía de las fianzas de los Tesoreros Departamentales y Municipales establece tanto la obligación de esos funcionarios de rendir cuentas a esa entidad del manejo de los fondos nacionales como la de supervigilar su correcta inversión cuando estén destinados a obras municipales de Acción Comunal.

Ahora, si se examina otro aspecto de esta cuestión, las funciones de la Acción Comunal y de las Juntas, también desde un punto de vista legal, y no haciéndolo tampoco en forma cronológica y completa, se observa que en la Ley 19 de 1958, fuera de otras cuestiones a que se ha hecho ya referencia, el fín primordial que se busca con esa cooperación de los vecinos es el de que ella se adelante en el campo de la educación. Por eso, en un principio, por el Decreto 1761 de 1959, era lógico que la división de Acción Comunal estuviera adscrita al Ministerio de Educación. Con el tiempo, aunque se mantiene esta preocupación por la educación, como es el caso del Decreto 454 de 1964, con la facultad atribuída a las Juntas de organizar determinados establecimientos educativos, otras disposiciones amplian y diversifican la participación de las Juntas a otras actividades pudiéndose citar, en este sentido, el Decreto 108 de 1965 sobre integración de los Comités de Salud, el Decreto 305 de 1965 sobre sanidad y abastecimiento de agua, el Decreto 2263 de 1966 sobre Integración Popular y el Decreto 755 de 1967 sobre usuarios.

A este mayor radio de acción de las Juntas y de la importancia correlativa que adquieren, corresponde, en el transcurso de la legislación, el reconocimiento a esas Juntas de una mayor autonomía, si puede hablarse así, y que sin que pierdan el ámbito limitadamente regional en que deben actuar, las coloca dentro de una perspectiva nacional. Así, si en la Ley 19 de 1958 se prescribía, como lo mantiene el Decreto 1761 de 1959, que las Juntas se organizaran de acuerdo con las normas que expidieran los respectivos Concejos Municipales, Decretos posteriores que ya se han mencionado crean una organización nacional a través del Ministerio de Gobierno y una regulación en cuanto a su constitución, organización, patrimonio y fines también de carácter nacional y que tiene su última y completa expresión en el Decreto 2070 de 1969.

Sin embargo, debe anotarse por ser importancia en esta materia, que es origen de un desarrollo posterior y constituye un reconocimiento inicial de una de sus funciones principales, que desde 1958 se contempla la posibilidad de que las Juntas intervengan en los servicios públicos: en su control y

vigilancia o en su manejo, según texto del art. 22 de la mencionada Ley 19 de ese año.

Igualmente si se considera la legislación de esos primeros años en esta materia, teniendo en cuenta la personería jurídica que pueden adquirir las Juntas, y se buscara desde entonces precisar su carácter, principalmente en cuanto a la propiedad que en el fondo es el tema de esta consulta, y hacerlo como corresponde dentro del Código Civil, es de inmediata ocurrencia hacer referencia el art. 633 de ese Código según el cual "Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente" y, dentro de las distinciones que hace ese mismo artículo, ubicar a las Juntas dentro de las corporaciones y, con conocida y repetida jurisprudencia, repetir que los atributos de la persona ficticia son en principio iguales a los de la persona física y que la corporación, a su turno, se caracteriza por ser una asociación de personas, en busca del mejoramiento o bienestar del conjunto, sin que con ella se persigan fines de lucro.

Así, este último aspecto social lo trae en sus consideraciones al Decreto 351 de 1961 al decir "Que tales Juntas o entidades son de carácter eminentemente social, que vienen procurando, sin ánimo de lucro, la prosperidad y bienestar de la comunidad, mediante labor de educación y orientación encaminadas a la realización de obras de interés común", y el Decreto 2070 en sus primeros artículos cuando define que "Es Junta de Acción Comunal toda asociación voluntaria de los vecinos (. . .) sin ánimo de lucro, para conseguir el desarrollo social y económico de los asociados y de las familias que integran la respectiva comunidad".

En cuanto a ese patrimonio de las Juntas, que como se ha dicho es el aspecto que interesa en este caso, y volviendo a las disposiciones que regulan las materias civiles para apreciarlo en su contexto general, también es de inmediata ocurrencia traer a cuento el art. 27 de la Ley 57 de 1887 que dispone que "Las personas jurídicas pueden adquirir bienes de todas clases, por cualquier título con el carácter de enajenables", el artículo 637 del C.C. que comienza diciendo que "Lo que pertenece a una corporación no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen", y el art. 649 del mismo Código que regula el destino que debe darse a las propiedades de una corporación cuando ella se disuelve.

Dentro de ese marco general se pueden situar las disposiciones sobre las Juntas que regulan la propiedad y las cuestiones que de ella se derivan que trae el Decreto 2070, muy amplio en este como en otros aspectos y tan claro, se considera, que basta citar sus artículos ya que su comentario es difícil o al menos innecesario pues al hacerlo se tiene la impresión de que se

cae, casi siempre, en la repetición de su contenido utilizando simplemente otros términos.

Así, el art. 31 de ese Decreto 2070 dice: "El patrimonio de la Junta de Acción Comunal estará constituído por todos los bienes que ingresen por concepto de contribuciones, auxilios o aportes y donaciones de entidades oficiales o particulares, nacionales, extranjeras o internacionales y los que provengan de cualesquiera actividades u operaciones que efectúe la Junta", el aparte del art. 32 según el cual "Las obras terminadas por Acción Comunal, sean o no reproductivas económicamente, entrarán a formar parte del patrimonio de la Junta respectiva (. . .)", y el 37 que dispone como se procede a la liquidación de una Junta en caso de que sea disuelta estableciendo que primero se pagarán las obligaciones pendientes, que las partidas oficiales si aún existen se reintegrarán al Estado, y que luego los bienes, por disposición de los afiliados, podrán pasar a otra entidad o, en defecto de esta disposición, al municipio.

Queda determinado por estas disposiciones que el patrimonio de una Junta, en principio y sometido a determinadas limitaciones a las que más adelante se hará referencia, está constituído por los aportes en general que ella reciba y por las obras que ella ejecute. Estas disposiciones son absolutamente claras y congruentes en relación al patrimonio de una Junta: señalan las distintas fuentes de que puede provenir ese patrimonio, precisan que las obras terminadas con esos recursos entran a formar parte de ese patrimonio, establecen por lo tanto que en caso de que esas obras sean reproductivas ese producido pertenece a las Juntas, y van hasta determinar el destino de esos bienes cuando la Junta deja de existir atribuyéndole a ella la facultad de disponer de esos bienes pues sólo en último término, únicamente cuando la Junta no tomó esa determinación, pasan al municipio en que actuó la Junta.

Ahora, en cuanto a los aportes nacionales, como un ejemplo de las distintas fuentes que pueden concurrir a integrar el patrimonio de una Junta, se puede considerar sumariamente un presupuesto nacional, para el caso el de la vigencia de 1972. Se ve en él que en las apropiaciones del Ministerio de Gobierno y para la Acción Comunal, esos recursos se canalizan en dos grandes renglones.

Uno de ellos, del cual no hay para que ocuparse detalladamente, está constituídos por el Programa 530, "Programa Nacional de Desarrollo de la Comunidad". Ahora, si se recuerda, como ya se anotó, que existe en ese Ministerio el Fondo de Desarrollo de la Comunidad, uno de los medios para encausar esos aportes nacionales hasta las Juntas en ese Fondo ya que entre sus funciones están las de "Distribuír las partidas globales que el Presupuesto Nacional destine al Fondo para ayudar los programas de los organismos

comunales" y la de "Otorgar auxilios en dinero o en especie a los organismos comunales".

El otro canal de los aportes nacionales hacia la Acción Comunal, que recuerda por ciertos aspectos la antigua y bien conocida modalidad de los "auxilios", lo constituye el Programa 533, "Aportes para el Desarrollo Regional por Acción Comunal", subdividido en cuatro subprogramas así: 1o. Fomento Educativo y Cultural, 2o. Desarrollo de la Comunidad, 3o. Obras de Salud, 4o. Obras Varias. En este caso, a diferencia del Programa 530 a que se ha hecho mención, cada partida, de un monto relativamente reducido, que sólo excepcionalmente supera los $100.000.oo, llega directamente a una Junta, o excepcionalmente a varias para ser repartido entre ellas, a través de los Tesoreros Municipales y Administradores de Impuestos Nacionales.

Ahora, sin pretender hacer después del examen de todas las partidas una clasificación rigurosa de ellas, fuera de la que establece el mismo Presupuesto por Subprogramas y que señala para cada una la finalidad a que debe ser destinada en una forma muy general (Fomento Educativo y Cultural, Desarrollo Municipal, Obras de Salud, Obras varias) se observa en cuanto a esas partidas lo siguiente: unas van destinadas a la Junta sin más especificación, fuera de la que señala el Subprograma en que está incluída; otras para una actividad, educación u obras de desarrollo por ejemplo; hay casos en que la determinación de las obras en que debe hacerse la inversión se deja al Concejo Municipal; en otros casos, señalando como en todas el Municipio y la Junta favorecida, se dispone que sea para entregar a otra institución; pero la mayor parte de las veces se señala en concreto la obra que debe emprenderse o continuarse o repararse, obras que son de una gran variedad: una escuela, una inspección de policía, una casa de mercado, un hospital o uno de sus pabellones, una iglesia o la reparación de sus torres, un camino o un puente o una carretera, una plaza o un parque, unas calles o una casa municipal. En resumen, una gran variedad de obras que van desde las que satisfacen una necesidad común aunque restringido hasta las que suplen un servicio ampliamente colectivo, y que son o se realizan en aquellos bienes que, según el Código Civil, son "bienes de la Unión (. . .) cuyo dominio pertenece a la República" y además también en aquellos que tienen la característica de que cuando "su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio (. . .) se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio".

Se ha hecho este breve recuento de las distintas obras a que la Ley otorga recursos públicos, para tratar de fijar, también en términos generales como corresponde a una consulta, y con la base ya sentada de que las Juntas tienen un patrimonio propio, algunas de las características de este patrimonio:

En primer término, y sobra casi decirlo, las Juntas están sometidas a todas las normas que en general y en principio regulan el derecho de propiedad: a su adquisición, su goce, sus limitaciones, su transferencia y extinción. Por lo tanto sería conveniente que antes de iniciar una obra se definan previamente los derechos que adquiere la Junta de Acción Comunal sobre la propiedad, su uso y su goce, para lo cual el Ministerio podría impartir las instrucciones correspondientes.

En segundo término, y si se vuelve a mencionar el Código Civil y su regulación de las corporaciones en él se establece que "Lo que pertenece a una corporación no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen", que en concreto y sobre las Juntas, como corresponde a este principio, el art. 32 del Decreto 2070 dispone que "El patrimonio de la Junta de Acción Comunal y en especial los auxilios o aportes y donaciones oficiales y privadas no podrán beneficiar individualmente a los afiliados".

En tercer término, si se trata de aportes nacionales a esas Juntas, como un ejemplo de los casos que pueden presentarse en cuanto a los aportes, y por eso se hizo una breve consideración de ellos, que hay que ir a la Ley para sujetarse a lo que ella disponga no sólo sobre el empleo en concreto que deba dársele a esos fondos sino sobre el carácter mismo que tiene ese auxilio: si él o la obra ejecutada entran al patrimonio de la Junta o si esa Junta es solo un intermediario para que esos dineros o esas obras pasen a otra entidad, o si esa Junta cumple unicamente la función de ejecutar una obra o un trabajo en un bien que es por su naturaleza público y no es susceptible de apropiación privada. Es claro cuando se trata de aportes nacionales y en lo nacional debe estarse a la Ley o los Decretos, en lo Departamental a las Ordenanzas y en lo Municipal a los Acuerdos en cuanto al fin que tienen o el destino que debe darse a los aportes, como lo dispone el art. 34 del citado Decreto 2070: "Los auxilios o aportes y donaciones que reciban las Juntas de Acción Comunal para obras específicas o para obras varias, se someterán a lo establecido por las leyes, Decretos, ordenanzas o acuerdos".

Otra de las limitaciones la trae el art. 33 del mismo Decreto 2070, por ser propia del fin que se propone en esa cooperación ciudadana, y es la de que "Las obras terminadas por Acción Comunal (. . .) entrarán a fomar parte del patrimonio de la Junta respectiva, pero su goce y uso no podrá ser restringido por ésta", es decir la limitación es en cuanto al uso y goce que no puede restringirse pues es de la naturaleza de estas obras que ellas se hacen para un servicio común, pero no en cuanto a la propiedad en si misma pues, como establece el Decreto, sea esa obra reproductiva o no, entra al patrimonio de la Junta y así, si con sus aportes y en terreno propio, como condiciones generales, esa Junta construyó una escuela o una plaza de

mercado, ellas son propiedad de la Junta –y si construye en terreno ajeno se seguirán las prescripciones del Código sobre el derecho de dominio–, pero esa Junta no puede establecer discriminaciones o distinciones entre los niños que pueden ir a esa escuela o los usuarios de esa plaza de mercado: ambas, para continuar con el ejemplo están abiertas en condiciones de igualdad para todos y si se establecen requisitos o cánones o condiciones ellos deben abarcar por igual a todos sin distinción, y si se trata de un servicio público debe estarse también a la regulación del art. 36 de este mismo Decreto que solo autoriza fijar las tarifas a las Juntas cuando ellas administran esos servicios directamente y cuando esas tarifas no han sido determinadas por leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas o acuerdos.

Por último, en caso de disolución de una Junta, esta no tiene la absoluta disposición de sus bienes sino que, fuera de otras regulaciones y limitaciones generales, sólo puede disponer que ellos pasen a otra "entidad de beneficio común", entidad que está dentro de sus atribuciones seleccionar, como dispone el art. 37 del Decreto 2070.

Da así la Sala su respuesta a la Consulta formulada por el señor Ministro.

Alberto Hernández Mora — Alejandro Domínguez Molina — Luis Carlos Sáchica — Mario Latorre Rueda.

Edné Cohén Daza
Secretaria.

CONSULTAS DEL GOBIERNO

MINISTERIOS: DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y MINAS Y PETROLEOS

CONTRATOS DE CONCESION. *Coexistencia de situaciones jurídicas subjetivas y generales. Modo de gestión de los servicios públicos. Cláusulas Reglamentarias y Cláusulas Contractuales.*

PETROLEOS. *Régimen Jurídico de la Industria del Petróleo como Servicio Público.*

CONCESION DE PETROLEOS. *Su naturaleza jurídica.*

CONTRATO ADMINISTRATIVO. *La teoría del contrato administrativo y sus diferencias con el contrato de derecho privado. El equilibrio financiero del contrato. Las leyes de carácter general y el Contrato. Las leyes de Impuestos y el Contrato. El contrato y las circunstancias legales coetáneas.*

CONTRATOS DE CONCESION PARA EXPLOTAR PETROLEOS NACIONALES *Aplicación del artículo 5o. del Decreto 2140 de 1955 derogado por la Ley 10 de 1961.*

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. *Características jurídicas de la concesión de servicios públicos y de petróleos.* (Salvamento de Voto).

Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Bogotá, D.E., marzo once de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Alberto Hernández Mora.

Radicación No. 561

Los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Petróleos someten a la consideración de la Sala la siguiente consulta:

"Antecedentes: El Decreto Legislativo 2140 de 1955, expedido en desarrollo del artículo 121 de la Constitución Nacional estableció en su artículo 5o., la deducción especial y extraordinaria por agotamiento, en los términos siguientes:

"Las compañías explotadoras de petróleo de la región occidental, que a partir del 1o. de enero de 1955 efectúen en cualquier parte del país, directamente o por medio de filiales, subsidiarias o compañías asociadas, exploraciones superficiarias o con taladro, en busca de petróleo en zonas discontinuas e independientes de propiedades o concesiones en explotación y en cuantía no menor de $2.000.000.oo anuales, tendrán derecho, como adición a la deducción normal por agotamiento, de que trata el Artículo anterior, a una deducción especial y extraordinaria hasta de un 15o/o del valor bruto del producto natural definido en el mismo artículo hechas las deducciones previstas en tal disposición.

"Para el caso contemplado en este artículo, la deducción normal por agotamiento del 10o/o y la extraordinaria del 15o/o se concederán sin sujeción al monto de las inversiones efectivas hechas en las concesiones propiedades que estén en explotación durante el año o período gravable de que se trate, y no podrán exceder en conjunto del 35o/o de la renta líquida fiscal del contribuyente, computada antes de hacer dichas deducciones. Además, para las compañías que con posterioridad a la vigencia del presente Decreto, inicien nuevas explotaciones comerciales, el límite del 35o/o se elevará al 50o/o de la renta líquida fiscal del contribuyente, computada antes de hacer las referidas deducciones".

"Con posterioridad a la expedición de esta norma, el Gobierno Nacional celebró con compañías particulares contratos de concesión para la exploración y explotación de hidrocarburos. En dichos contratos se estipuló: (14).

"Este contrato queda regido de manera absoluta e incondicional. Por todas y cada una de las disposiciones pertinentes de las Leyes 37 de 1931, 160 de 1936 y 18 de 1952; del Decreto Extraordinario 2270 de 1952, y de los Decretos Reglamentarios Nos. 1270 de 1931, 960 de 1937, 1964 de 1939, 332 de 1953 (Tal como aparecen codificados en el Decreto 1056 de 1953) "por el cual se expide el Código de Petróleos". Y del Decreto No. 2140 de 1955 disposiciones que constituyen cláusulas de la presente negociación y se consideran incorporadas en ellas, quedando íntegramente aceptadas como tales por el Gobierno y el Contratista, sin reserva ni limitación alguna, sometiéndose a todas y cada una de ellas.

"Parágrafo. Es entendido que en este contrato se consideran también incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, de acuerdo con el Artículo 38 de la Ley 153 de 1887".

"Posteriormente, el Congreso Nacional expidió la Ley 10 de 1961, y por medio de ella se estableció el siguiente régimen sobre el "factor especial de agotamiento:

"1. Además de la deducción anual por agotamiento normal, sería aplicable el factor especial de agotamiento durante todo el período de producción de explotaciones iniciadas después del 1o. de enero de 1955, equivalente a un porcentaje sobre el valor bruto del producido extraído y vendido y hasta el monto total de las inversiones efectuadas en dichas explotaciones. Para las explotaciones de la región occidental se señaló como factor especial de agotamiento el 15o/o, sin exceder del 45o/o de la renta líquida y para las explotaciones situadas al Este y Sur–Este de la Cordillera Oriental un factor del 18o/o sin exceder del 50o/o de la renta líquida del contribuyente. Además estableció que:

"Para las explotaciones de petróleo posteriores al 1o. de enero de 1955, una vez que el factor especial de agotamiento haya perdido su carácter de deducción por haber terminado la amortización total del costo de las respectivas inversiones de capital distintas de las que se hayan hecho en terrenos o en propiedad depreciable, el

explotador tendrá derecho por el resto del término de la explotación a una exención del impuesto sobre la renta equivalente al 18o/o para las explotaciones situadas al Este y Sureste de la Cima de la Cordillera Oriental, y para las situadas en el resto del territorio Nacional, al 25o/o del valor del producto natural extraído, determinado de acuerdo con las disposiciones de los incisos 1o. y 2o. del Artículo 23 de esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del Artículo 23.

"**Parágrafo.** Para tener derecho a esta exención especial, el contribuyente deberá reinvertir en el país en actividades de exploración o de refinación, en construcción de oleoductos o gasoductos de uso público, en construcción de plantas termoeléctricas de servicio público a base de gases derivados del petróleo, dentro de los tres (3) años siguientes, el monto de la mencionada exención. Si no hace la reinversión por el valor expresado, la diferencia se gravará como renta del contribuyente del año correspondiente a la finalización de dicho período. Si el monto de la reinversión del trienio fuere superior al valor de la exención especial de que trata este artículo, el contribuyente tendrá derecho a que se le abone el exceso para los períodos siguientes".

"2. El Artículo 27 de la misma Ley dispuso:

"Autorízase al Gobierno para convenir con los concesionarios respectivos la adaptación a las disposiciones de esta Ley, de los contratos de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional perfeccionados con anterioridad a su vigencia".

"5. Finalmente, el Artículo 32 derogó expresamente el Artículo 5o. del Decreto 2140 de 1955, disposición esta que según queda dicho, había establecido los factores especial y extraordinario de agotamiento.

"**Pregunta**: De conformidad con los antecedentes expuestos, esa Honorable Corporación es de concepto que, por el hecho de haberse estipulado en una de las cláusulas del contrato de concesión celebrado por el Gobierno Nacional y las compañías petroleras que dicho contrato se regía por las normas del Decreto No. 2140 de 1955, deba seguirse aplicando este Decreto a pesar de haber sido derogado expresamente por la Ley 10 de 1961?

"En otras palabras: Habiendo la Ley 10 de 1961 derogado expresamente el Decreto 2140 de 1955, cómo estima el Consejo de Estado que debe interpretarse la cláusula que establece, en los contratos celebrados por el Gobierno Nacional con las compañías extranjeras, que tales contratos se rigen por el Decreto mencionado?

"Punto de vista del Gobierno: El Gobierno considera que no puede seguirse aplicando una disposición que ha sido derogada, por las siguientes razones:

"**Primera**: Las disposiciones de derecho tributario por ser normas de orden público, no pueden ser materia de contratos. De otra parte, todo lo atañadero al impuesto

sobre la renta se va cumpliendo para cada año gravable y es susceptible de ser modificado por el legislador para el año fiscal siguiente.

"**Segunda**: El Artículo 38 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que en todos los contratos se entiende incorporadas las normas vigentes al momento de su celebración. De acuerdo con esta disposición, las normas vigentes al momento de celebrar un contrato constituyen, por regla general, parte integrante del mismo y no se pueden desconocer durante su vigencia por una de las partes. Pero este principio es solo aplicable para las normas de carácter supletorio, no para las normas imperativas en cuya observancia esté comprometido el orden público.

"De acuerdo con este planteamiento, la cláusula contractual involucrada en el contrato y en la cual se ordenaba que éste se regiría por las normas del Decreto 2140 de 1955 sobraba, porque, si se hubiera guardado silencio, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, también se entenderían incorporadas en el contrato las normas vigentes al tiempo de su celebración. Si eso es así, no cabe pensar que, por el simple hecho de que se hubieran incorporado, tengan más fuerza; o que, en virtud de tal incorporación, no pueda el legislador cambiar las normas imperativas por las cuales se rigen tales actos jurídicos.

"**Tercera**: Entre los requisitos señalados por el artículo 1502 del Código Civil, para la validez de un contrato es necesario que éste recaiga sobre un objeto lícito y por su parte, el artículo 1519 del mismo Código Civil establece que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público de la Nación.

"Si las cláusulas de los contratos celebrados por el Gobierno Nacional con las empresas petroleras se interpretaran como un compromiso de inmodificabilidad del régimen tributario durante la vigencia del contrato, serían contrarias al Derecho Público de la Nación, ya que de acuerdo con el principio del Derecho Administrativo y el Derecho Tributario, que son ramas del Derecho Público Nacional no puede pactarse esa inmodificabilidad de las normas tributarias, salvo que exista autorización legal en contrario".

LA SALA CONSIDERA:

Dada la complejidad y trascendencia de los temas jurídicos que plantea la consulta de los señores Ministros de Hacienda y de Minas y Petróleos, y para mayor claridad de lo que ha de considerarse y decirse en la respuesta, la Sala procede a su estudio en los siguientes capítulos:

I Situaciones jurídicas individuales y reglamentarias.

II El contrato como creador de situaciones jurídicas individuales.

III Mutabilidad de las situaciones reglamentarias y efectos de la ley en el pasado.

IV Los derechos civiles y el interés social.

V El contrato y las situaciones reglamentarias.

VI El contrato de concesión.

VII La concesión de petróleos.

VIII Contrato civil y administrativo.

IX El equilibrio financiero del contrato.

X Las leyes de carácter general y el contrato.

XI Las leyes de impuestos y el contrato.

XII El contrato y las circunstancias legales coetáneas.

XIII El Decreto Legislativo 2140 de 1955, artículo 5o., y la Ley 10 de 1961.

XIV Conclusión.

I

SITUACIONES JURIDICAS INDIVIDUALES Y REGLAMENTARIAS

Distingue el derecho público las situaciones jurídicas de carácter general de las situaciones subjetivas o de carácter individual.

En los contratos administrativos, en los que las dos situaciones coexisten, la distinción reviste especial importancia para su correcta interpretación, porque cada una de estas situaciones se gobiernan por principios distintos que se desprenden de la naturaleza misma de la relación jurídica y de la clase de derechos y obligaciones que genera.

Las primeras emanan de la ley o reglamento, constituyen el derecho objetivo, y por esencia, son reglas generales, impersonales, abstractas, de contenido igual para todas las personas consideradas en la norma.

Las segundas surgen al amparo del ordenamiento jurídico general. Se originan en poderes legales regularmente ejercidos, y crean, modifican, suprimen o reconocen situaciones subjetivas, particulares y concretas. Su contenido lo derivan no de la ley o reglamento, sino del acto individual, que a la vez crea la situación, jurídica y la confiere a su titular.

II

EL CONTRATO COMO CREADOR DE SITUACIONES JURIDICAS INDIVIDUALES

El contrato es acto típico entre los que crean situaciones jurídicas de carácter particular. Los contratantes modelan la situación jurídica según su voluntad. Crean derechos y obligaciones. Pero el acuerdo de voluntades para que sea válido debe producirse dentro del marco de la ley que señala la capacidad y competencia de los contratantes, los procedimientos y formas del acuerdo y los fines que pueden constituír su objeto lícito. En este sentido puede decirse que la ley vigente al momento de contratar se incorpora al contrato en cuanto determina la validez formal e intrínseca de las obligaciones y derechos de los contratantes. (Ley 153/87, art. 38).

En derecho privado es principio jurídico el de la libertad contractual, que permite a los particulares obligarse a todo aquello que la ley no prohibe. En derecho público, por el contrario, es la ley la que rige toda la actividad de la administración, que no puede ejecutar sino los actos autorizados u ordenados por ella.

Toda ley es en sí misma de interés general. Las que se relacionan con la organización y funcionamiento del Estado, son, además, de orden público.

En derecho privado se discute, frente al principio que entre nosotros consagra el art. 16 del C.C., qué leyes afectan al orden público y no pueden "derogarse por convenios entre particulares".

Las teorías individualistas que buscan darle prelación al acto jurídico contractual sobre la ley, salvo casos excepcionales de leyes de orden público, no tienen campo en el derecho administrativo.

Aún los intérpretes más extremos del individualismo jurídico admiten que las leyes sobre organización del Estado y las que determinan las relaciones del Estado y de sus agentes con los particulares son, en principio, de orden público. (Julliot de la Morandiere – La Noción de Orden Público en Derecho Privado).

III

MUTABILIDAD DE LAS SITUACIONES REGLAMENTARIAS Y EFECTOS DE LA LEY EN EL PASADO

El ordenamiento jurídico que consagran las leyes y los reglamentos expresan fundamentalmente el interés general. Es de la esencia de este ordenamiento

que las situaciones jurídicas que crea puedan modificarse en razón de este mismo interés. El cambio de la ley es principio sustancial a la organización y manejo del Estado. La autoridad que ha dictado una ley o reglamento igualmente tiene el poder de modificarlos.

La derogación de la ley no afecta las situaciones jurídicas individuales *autorizadas por ella y creadas regularmente bajo su amparo.* En interés de la seguridad jurídica deben tenerse como definitivos los actos que hayan conferido derechos. Es el alcance de la noción de derecho adquirido que muchos autores definen como "la facultad legal regularmente ejercida". Es decir, los derechos individuales, no surgen sino al amparo de la ley y en los casos y condiciones autorizados por ella, concepto fundamental para comprender la noción de "derecho adquirido". En otras palabras los derechos no se adquieren contra la ley, o fuera de la ley, sino según la ley.

En el fondo la noción jurídica de los derechos adquiridos responde a la necesidad de asegurar la confianza del ciudadano en la ley, fundamental al Estado de derecho, confianza que resultaría quebrantada si la ley misma borrara su propia obra en el pasado.

Es preciso repetir que si en derecho administrativo la teoría jurídica de los actos individuales está dominada por la estabilidad de las situaciones adquiridas, la teoría de los actos legales o reglamentarios se gobierna por la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico general a las demandas y circunstancias cambiantes del medio social.

La correcta identificación de las situaciones reglamentarias y de las subjetivas o individuales, exige no confundir la ley con sus efectos. Los derechos adquiridos se relacionan con los efectos de la ley en el pasado, pero nadie podría válidamente alegar derecho alguno a la permanencia de la ley en el futuro. Lo que es susceptible de entrar en el patrimonio de una persona son los derechos que se originen en la aplicación o efectos de la ley, pero no la ley misma, que no puede ser objeto de apropiación individual. En cuanto a los efectos de la ley es necesario distinguir, como ya se anotó, las situaciones de carácter legal o reglamentario, iguales para todas las personas y que desaparecen con el cambio de la ley, de las situaciones individuales y subjetivas, que la ley expresamente autorice crear.

IV

LOS DERECHOS CIVILES Y EL INTERES SOCIAL

En cuanto a los efectos de la ley en el pasado, que configuran derechos individuales, son pertinentes algunas consideraciones:

La ley dispone para el futuro. Mientras la ley nueva no entre a "regir el pasado para suprimir efectos realizados de un derecho", ni a desconocer para el futuro la realidad de derechos anteriormente constituídos, no tiene alcance retroactivo ni lesionan derechos adquiridos. Puede, sí, la ley, modificar los efectos futuros de hechos o actos anteriores, sin que interfiera por ello la protección constitucional de los derechos adquiridos.

En el derecho colombiano, es principio jurídico, el que consagra la ley 153 de 1887, en su art. 26:

> "Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley".

Los derechos individuales no son absolutos sino sometidos a las reglamentaciones y limitaciones legales que hagan posible su ejercicio dentro del marco social. Fuera de la sociedad los derechos individuales no tienen oportunidad ni importancia.

Es la razón de que todo derecho individual tenga una función social, la que haga posible su ejercicio en armonía con el interés general que expresa la ley.

Nuestra carta consagra este principio con particular nitidez; en forma especial para el derecho de propiedad y en forma general para todos los derechos:

> "Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social".
>
> "La propiedad es una función social que implica obligaciones".

Este principio que rige y penetra todo el ordenamiento jurídico público y privado, encuentra desarrollo legal en la Ley 153 de 1887:

> "Artículo 18. Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato.
>
> "Si la ley determinare expropiaciones, su cumplimiento requiere previa indemnización, que se hará con arreglo a las leyes preexistentes.
>
> "Si la ley estableciere nuevas condiciones para el ejercicio de una industria, se concederá a los interesados el término que la ley señale, y si no lo señala, el de seis meses".

El Consejo de Estado en sentencia de 15 de mayo de 1961, de la que fue ponente el Dr. Alejandro Domínguez Molina, al decidir una demanda relacionada con la ejecución del decreto legislativo 1070 de 9 de mayo de 1956, que decretó la congelación de arrendamientos de las fincas urbanas en ciudadades de más de 50.000 habitantes, al precio que tales arrendamientos tuvieran el 31 de diciembre de 1955, decreto que se aplicó a contratos celebrados con anterioridad en que se había pactado aumento de los cánones a partir de esta fecha, sentó la siguiente jurisprudencia:

> "De modo que en el derecho positivo colombiano el principio de la irretroactividad de la ley no es de carácter absoluto, ni tiene el mismo valor con respecto a las distintas clases de leyes, pués, por ejemplo, cuando éstas son expedidas "por motivos de utilidad pública o interés social" o sea cuando interesan más a la sociedad que al individuo, cuando se inspiran más en el interés general que en el de los individuos, cuando se dicten "por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública", tienen efecto general inmediato, aunque restrinjan derechos amparados por la ley anterior, porque el interés privado debe ceder al interés público o social.
>
> "Por eso se ha dicho que ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público".

El Consejo refuerza sus conclusiones, con esta cita de Josserand:

> "Ante estas exigencias –las de orden público– tienen que ceder los intereses particulares: no se puede hacer valer derechos adquiridos en oposición al orden público. Tampoco puede hablarse, en tal caso, de retroactividad de la ley; obra intensamente, conforme a las necesidades sociales, se aplica inmediatamente, sin más; el efecto *inmediato* es cosa distinta del efecto retroactivo. . . Contra el orden público, no hay, puede decirse, derechos adquiridos, de suerte que determinadas leyes que parecen obrar retroactivamente, en realidad, obran inmediatamente, sin más, conforme a su naturaleza y a las necesidades sociales, y sin que el legislador haya tenido necesidad de dar explicaciones sobre el particular. Como se ha hecho notar con mucha razón se ha establecido con excesiva frecuencia la confusión entre la aplicación *retroactiva* de la ley y la aplicación *inmediata* de la misma, confusiones peligrosas e injustificadas". (Derecho Civil, Tomo I, Volúmen I, número 82 y 83).

V

EL CONTRATO Y LAS SITUACIONES REGLAMENTARIAS

Todo contrato se celebra con el propósito de crear situaciones jurídicas individuales. Pero no debe confundirse la situación jurídica creada por los contratantes, con la situación jurídica creada por la ley.

La distinción es fundamental:

Las situaciones propiamente contractuales no pueden modificarse sino por el acuerdo de los contratantes.

Las situaciones legales o reglamentarias son modificables en todo momento por la autoridad pública que las crea.

Las ventajas que de una situación legal o reglamentaria resultan para el contratante con la administración, están subordinadas a su mantenimiento y en ningún caso impiden que pueda adoptarse una nueva reglamentación más acorde con el interés general.

El contrato propiamente dicho es un acto jurídico por el cual las partes crean para ellas derechos y obligaciones que les permite o autoriza la ley. Pero las situaciones jurídicas individuales y concretas que tienen su origen en el contrato, son distintas de las situaciones jurídicas que crea la ley o el reglamento y cuya aplicación motiva el contrato.

En su "Traite Theorique et Practique des Contracts Administratifs". Tomo I, el Profesor Laubadere, anota:

> "Generador de obligaciones el contrato, por esto mismo se diferencia de todos los actos jurídicos que, aún realizados bajo la forma de acuerdos bilaterales de voluntad, se limitan a atribuír por vía individual una situación legal o reglamentaria, un estatuto cuyo contenido ha sido determinado anteriormente por vía general y que puede, por este hecho, encontrarse automáticamente modificado a continuación entre las manos de su titular si las leyes o reglamentos vienen a introducirle cambios por vía general".

> "Hemos distinguido anteriormente, agrega *Laubadere,* el contrato, acto creador de una situación jurídica subjetiva, y el acto condición, que no hace sino atribuír una situación legal o reglamentaria y puede presentarse bajo la forma de un acuerdo de voluntades. Ahora bien, ciertos "contratos administrativos" tienen al respecto una naturaleza mixta; por una parte ellos crean una situación contractual, pero por otra ellos se limitan a aplicar al co–contratantes, elementos de un estatuto legal o reglamentario (Pág. 24).

> .....

> "En los actos de naturaleza mixta contentiva de disposiciones contractuales y de disposiciones estatutarias, es muy importante hacer la distinción entre estas dos categorías de disposiciones, especialmente desde el punto de vista de su modificación posterior; mientras que las disposiciones contractuales benefician del régimen jurídico del contrato y no pueden ser afectadas por medio de disposiciones generales nuevas, las disposiciones estatutarias se modifican automáticamente cuando los reglamentos que las establecieron cambian". (Pág. 25).

VI

EL CONTRATO DE CONCESION

La distinción anotada por Laubadere, reviste particular importancia en los contratos de concesión de servicios públicos y de explotación de riquezas nacionales, en los que la coexistencia de situaciones jurídicas subjetivas y generales o reglamentarias es manifiesta.

El contrato de concesión ha sido tradicionalmente modo de gestión de los servicios públicos encaminado a que los particulares participen en la prestación del servicio.

En la concesión se originan para el concesionario ciertos derechos que emanan directamente del contrato, que son de carácter patrimonial o relacionados con su condición de concesionario, derechos que compensan las cargas que asume y son factor determinante en el equilibrio financiero del convenio. Pero por el hecho de la concesión el servicio no pierde su calidad de público para convertirse en mero negocio privado, ni la administración queda eximida de sus responsabilidades o limitada en sus poderes legales para asegurar el funcionamiento del servicio en consonancia con el interés general.

Si las cláusulas que conciernen exclusivamente a las garantías financieras del concesionario son de naturaleza contractual, en cambio la reglamentación del servicio, lo que la doctrina llama "ley del servicio", escapa a las estipulaciones del contrato, en virtud de un principio fundamental a nuestro ordenamiento jurídico, según el cual la organización de los servicios públicos depende de la competencia unilateral y exclusiva de los órganos del Estado. Es esta circunstancia la que hace pensar a algunos autores que la "concesión de un servicio público" no constituye propiamente un contrato, en razón del objeto mismo sobre el cual ella recae.

En todo convenio de concesión es preciso distinguir, por lo tanto, la parte reglamentaria del servicio, que permanece en manos del Estado y éste puede cambiar unilateralmente en todo momento en ejercicio de competencias constitucionales y legales inalienables, y la parte propiamente contractual.

Tienen naturaleza reglamentaria todas las cláusulas concernientes a la organización y funcionamiento del servicio, que son, en consecuencia, de interés general; y naturaleza contractual las que fijan los términos financieros o la retribución del concesionario por la colaboración que presta, que solamente interesan a los contratantes.

Este criterio diferencial de partes propiamente contractuales y partes reglamentarias en la concesión de servicios, es el que sigue la jurisprudencia:

Dice la Corte:

"Como esta última ley consideró el suministro de energía eléctrica como un servicio público fundamental, esta situación, doctrinariamente perfecta, determina consecuencias ineludibles en el campo del derecho que afectan la condición jurídica de las empresas destinadas a la producción de energía elétrica, una de las cuales es que el servicio público esté subordinado al Gobierno. Esta modalidad de subordinación va implícita en el concepto jurídico de servicio público y es la que explica y justifica la intervención del Estado en su prestación y reglamentación, a fin de que no solamente se satisfaga el interés particular sino que se consulten asimismo las conveniencias generales. El aspecto de función social que corresponde también a la noción de servicio público, diferencia a las empresas que lo prestan directamente o a través de concesiones, del negocio simplemente privado, restringiendo lógicamente la libertad de obtener ilimitada e incontroladamente beneficios lucrativos en la explotación del negocio en la medida que lo exijan la conveniencia colectiva y la moral comercial.

"....

"Estos contratos que engloban la concesión de un servicio público, no pueden considerarse exclusivamente como fuentes de relaciones jurídicas de derecho privado, sino como actos complejos en que se combinan y coexisten una parte legal o reglamentaria, esencialmente modificable por el Estado dentro de los límites y condiciones previstas, y otra parte propiamente contractual que sí crea situaciones jurídicas individuales y concretas que no pueden modificarse unilateralmente. El recuerdo de estas nociones revela que no es pertinente invocar la norma constitucional que ampara los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles con ocasión de un decreto de carácter general en que el Gobierno prohibió el alza de tarifas por la prestación del servicio público de energía eléctrica durante un año. . . " (Gaceta Judicial No. 1996, página 230, Sentencia de 29 de abril/43).

Los conceptos anteriores coinciden con la opinión de los tratadistas de derecho administrativo.

Al examinar la naturaleza jurídica de la concesión, se expresa así Sayagués Laso, en su Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, pág. 19:

"A nuestro juicio la cuestión debe encararse teniendo en cuenta lo expuesto al examinar las distintas formas como pueden clasificarse los actos jurídicos. Por tanto, es necesario analizar la concesión de servicio público en un doble aspecto: en el modo como nace el vínculo jurídico y en sus efectos. Dicho en otras palabras, en los planos formal y material.

"a) En el aspecto formal es de toda evidencia que la concesión constituye un acto bilateral. La concesión como acto que produce efectos jurídicos, surge recien cuando se opera el acuerdo de ambas voluntades: de la administración y del concesionario. . .

"b) En el aspecto material la concesión aparece como un acto de contenido complejo. Una parte importante de sus cláusulas se relaciona con la organización y funcionamiento del servicio público que deberá realizar el concesionario. Esas cláusulas son reglas generales que, por su misma naturaleza, crean derechos y obligaciones para todos cuantos quedan alcanzados por ellas: administración, concesionario, usuarios del servicio, empleados y terceros. En cambio hay otras cláusulas que regulan simplemente los aspectos económicos de la explotación del servicio y que aseguran al concesionario la razonable y legítima ganancia. Su alcance es puramente individual o subjetivo. En el primer aspecto la finalidad de la administración y del concesionario es coincidente: organizar el servicio. En el segundo aspecto los fines son opuestos, pues mientras el concesionario persigue una ganancia, la administración no actúa con igual finalidad.

"Lo expuesto permite establecer conclusiones precisas: la concesión es un acto único bilateral, que nace del acuerdo entre la administración y el concesionario; pero por su contenido no puede considerarse como contrato, ya que lo es solo en parte y en el resto merece el calificativo de convención: es contractual en cuanto determina el régimen financiero de la explotación por el concesionario, y es convencional (pero no contractual) en cuanto regula mediante normas generales la organización y funcionamiento del servicio.

"Las consecuencias que emergen del criterio que admitimos, serán examinadas más adelante, a medida que corresponde. Pero desde ya señalamos que encarando la concesión en esa forma se explican perfectamente todas las cuestiones que se suscitan en cuanto a la formación del vínculo, modificaciones ulteriores por voluntad unilateral de la administración, responsabilidad del concesionario, indemnizaciones que puede reclamar, etc".

"El derecho del concesionario, afirma Bielsa, Derecho Administrativo, Tomo II, Págs. 261, 262, emane o no del contrato, es puramente patrimonial, y en este sentido goza de la protección constitucional de todo derecho de propiedad, pero en virtud de ese derecho nacido del contrato o de la autorización, el concesionario no puede –ya lo dijimos– erigirse en árbitro del servicio público, ni juzgar lo que conviene o no a la administración pública, ni lo que es adecuado o no a la colectividad, porque ello importaría sustituír al concedente, es decir al Estado, provincia o comuna que son quienes deben, en sus respectivas esferas, establecer, reglamentar o asegurar el servicio".

La intangibilidad de los contratos no es una cuestión formal sino sustancial.

"..... .....

"La constitución no protege la intangibilidad de los pactos sino la incolumidad del patrimonio en sentido general, es decir de la propiedad (Art. 17, ahora Art. 38), cuando éste sufre disminución particular o especial por *utilidad pública*".

"La concesión del servicio público, dice Vedel (Droit Administratif, Tomo II, Pág. 574), está construída sobre dos ideas antitéticas cuyo equilibrio constituye toda la teoría del contrato de concesión: se trata:

"De una parte del servicio público que debe funcionar en interés general y bajo la autoridad de la administración;

"De otra parte, de una empresa capitalista que procura, en el pensamiento de aquél que la dirige, el máximo de provecho posible.

"Es sobre estos dos ángulos que se puede hacer el estudio de la concesión.

Y agrega (Pág. 604):

"El poder de modificación de la administración en las concesiones de servicio público es particularmente amplio. Pero en verdad, este se ejerce fuera del marco del contrato porque, al menos en la mayor parte de los casos, la modificación se ejerce sobre cláusulas que en realidad no constituyen estipulaciones contractuales, sino reglamentos de servicio público, modificables unilateralmente en razón de su misma naturaleza. En otros contratos administrativos, en los que todas las cláusulas tienen carácter contractual, el poder de modificación es menos extenso".

VII

LA CONCESION DE PETROLEOS

Análisis similar puede hacerse de los contratos que celebra el Estado para explotar los yacimientos petrolíferos de propiedad nacional, por el sistema de concesión.

En estos contratos se encuentran los mismos elementos jurídicos que caracterizan la concesión de los servicios públicos tradicionales. Se está frente a nuevas actividades, que por su manifiesto interés para la comunidad va asumiendo la administración y a las que es extensivo el concepto y régimen de servicio público, entendido en su sentido tradicional de toda actividad que asume la administración, o realizada bajo su control, para satisfacer necesidades de interés general, conforme a un régimen de derecho público, de manera regular y continua, o entendido con el alcance que le dan a esta noción los autores contemporáneos.

Entre estas actividades se encuentra la explotación y aprovechamiento del petróleo, cuyo régimen jurídico, lo mismo que el de las riquezas mineras existentes en el país, está caracterizado por el predominio del interés colectivo.

a) La industria del petróleo y el concepto de servicio público.

El petróleo es uno de los elementos básicos a la moderna sociedad industrial, y como fuente de energía esencial al transporte, la industria y la vida doméstica. Su creciente importancia social y económica, determina y orienta

la evolución de su régimen jurídico. La explotación y suministro del petróleo y sus derivados son hoy necesidad colectiva de la mayor amplitud e importancia. Es esta la razón de que el legislador haya sustraído progresivamente los yacimientos de hidrocarburos de la apropiación individual y adoptado para la industria un régimen jurídico especial para darle las prerrogativas, la organización y funcionamiento que reclama el interés general.

La Ley 37 de 1931, art. 3o., declaró de utilidad pública la industria del petróleo, en sus diferentes etapas, y la ley 20 de 1969, la propiedad de la Nación sobre todas las minas y yacimientos de hidrocarburos, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros.

En la ley 165 de 1948, que dió origen a la Empresa Colombiana de Petróleos, dice se califica la industria, en todos sus aspectos, de *servicio público.* Dice así la Ley:

> "**Artículo 5o.** Autorízase al Gobierno para contratar con la empresa que se funde de conformidad con la presente ley la concesión del servicio público consistente en la administración y explotación de los campos petrolíferos, oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimiento, y en general de todo o parte de los bienes muebles e inmuebles que reviertan al Estado de acuerdo con las leyes y contratos vigentes sobre petróleos; así como la explotación y administración de los campos petrolíferos aledaños a las concesiones que reviertan a la Nación, de los oleoductos de propiedad de la misma, y la construcción y ampliación de refinerías y estaciones de abastecimiento".

La ley 20 de 1969, en su artículo 12, autorizó al Gobierno para "declarar de reserva nacional cualquier área petrolífera del país y aportarla, sin sujeción al régimen ordinario de contratación y de licitación, a la Empresa Colombiana de Petróleos para que la explore, explote y administre directamente o en asociación con el capital público o privado nacional o extranjero".

La finalidad social y el beneficio colectivo a que están destinados los yacimientos de hidrocarburos y en general la riqueza minera del país, que tradicionalmente nuestras constituciones han reservado como una propiedad nacional, los proclaman con particular énfasis diferentes disposiciones legales.

Entre estas pueden citarse:

La ley 10 de 1961, art. 6o., al reglamentar la calificación de la capacidad económica de los proponentes de contratos, dice:

"En la aplicación de este precepto el Gobierno tendrá en cuenta que la finalidad de él es obtener la efectiva exploración y explotación de la totalidad de la zona materia del contrato, de acuerdo con sus características peculiares".

El decreto 1275 de 1970, reglamentario de las leyes 60 de 1967 y 20 de 1969, y en desarrollo de principio similar contenido en esta última ley (Art. 2o.), dice:

"**Artículo 2o.** Las disposiciones del presente estatuto se interpretarán y aplicarán teniendo en cuenta que la industria minera es de utilidad pública de interés social en sus ramas de exploración, explotación, transporte y procesamiento; que las leyes que la regulan son de la misma naturaleza y se expiden por motivos de aquella índole; que la prevalencia de los intereses públicos o sociales sobre los intereses privados es principio fundamental que consagran y reglamentan las normas constitucionales y legales en vigencia; y que la consecución de las finalidades enumeradas en el artículo anterior es conveniente y necesaria para el desarrollo de la economía nacional y para el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los deberes sociales de los particulares".

El profesor Eustorgio Sarria, ("Derecho de Minas" –Régimen Jurídico del Subsuelo– Ed. 1960), considera que al calificar la ley 165 de 1948, Art. 5o., como actividades de servicio público las referentes a la industria del petróleo en sus ramos de extracción, refinación y transporte, no hace sino reconocer una realidad.

"Ahora bien, –agrega en otra parte de su obra (Pág. 14)– en cuanto a la exploración de los yacimientos minerales, su transformación y distribución, no cabe duda de que esas actividades son actividades de servicio público, ya que colman necesidades de carácter general. Así lo confirman breves reflexiones:

"....

"d) El petróleo es factor preponderante en la vida humana. La actual organización del transporte marítimo, fluvial, terrestre y aéreo se asienta sobre su producción permanente. Por tal razón la explotación de los yacimientos petrolíferos constituye una necesidad de carácter general.

"Los expositores de derecho administrativo no rechazan, ni podrían hacerlo con razón, esta tesis de que la explotación de los más importantes yacimientos minerales, determinada por utilidad económica y social, es una actividad de servicio público".

Como servicio público califica igualmente el Consejo de Estado la explotación del petróleo:

"Los servicios no se convierten en públicos por definición, sino que es la naturaleza misma del servicio y sus fines económicos y sociales lo que imprime esa modalidad

específica. Y esto es precísamente lo que sucede con la explotación de petróleos y sus derivados: tiende a satisfacer una necesidad de carácter general, porque es claro que sin el combustible suministrado regularmente por los concesionarios se verían paralizadas otras empresas de servicio público, como las de transporte, y como consecuencia de ello, "alterado el proceso económico y social de la producción del consumo, y por último, alterado el orden público" según las juiciosas observaciones que hace sobre el particular el profesor Sarria".

Ilustra igualmente el criterio legislativo sobre la naturaleza jurídica de la industria del petróleo, lo dicho en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 430:

"De conformidad con la Constitución Nacional, está prohibida la huelga en los servicios públicos".

Para este efecto se considera como servicio público toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, Directa o indirectamente, o por personas privadas.

"Constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:

"a) Las que se presten en cualquiera de las ramas del poder público;

"....

"h) Las de explotación, refinación, transporte y refinación de petróleos y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustible del país, a juicio del gobierno;

"i) Cualesquiera otras que a juicio del Gobierno interesen a la seguridad, sanidad, enseñanza y a la vida económica o social del pueblo.

El gobierno decidirá acerca de la calidad de servicio público de las actividades de que trata este ordinal, previo concepto que solicite el Consejo de Estado".

A las disposiciones legales citadas podrían agregarse, por vía de ejemplo, algunas normas del Código de Petróleos características de la reglamentación de un servicio público, como son: la que prohibe al concesionario "restringir la producción de petróleos de su empresa a una cantidad menor de la cuarta parte de la capacidad productiva máxima de sus pozos", (Art. 27); la que fija la inversión anual mínima, (Art. 27); la que establece la reversión y las providencias conservatorias, (Art. 31); la que considera "los oleoductos de uso público" como "empresas públicas de transporte", (Art. 45); la que obliga a todos los oleoductos de uso privado a "utilizar el sobrante efectivo de su capacidad transportadora. . . para el acarreo de petróleo de terceros"

(Art. 47); las que autorizan al gobierno para imponer multas (Artículo 67); o para declarar la caducidad del contrato (Art. 68), y en forma especial, el art. 158 del Código de Petróleos que faculta al Ministerio de Minas y Petróleos para ejercer "de manera constante la vigilancia sobre la forma como se efectúe la explotación de los yacimientos de petróleo de propiedad nacional, con el objeto de impedir el agotamiento prematuro de los campos, el desperdicio de aceite o gas o, en general, una explotación contraria a la técnica o a la economía".

Igualmente pueden citarse como disposiciones típicas de la reglamentación de un servicio público, los siguientes artículos del decreto 1348 de 1961, reglamentario de la ley 10 de este mismo año:

> "27. Toda persona que explore y explote petróleo conjuntamente con gas natural o gas únicamente, de propiedad privada o nacional, está en la obligación de suministrar al Ministerio de Minas y Petróleos los datos de carácter científico, técnico y económico que a juicio del Ministerio sean necesarios para el estudio y control de la explotación técnica de petróleo y gas en el país, con el fin de evitar el desperdicio de tales recursos y asegurar su máxima recuperación final.
>
> "28. Con el fin de conocer reservas y óptimas condiciones de producción, el Ministerio de Minas y Petróleos podrá ordenar la ejecución de pruebas o ensayos de producción, presiones de fondo u otros en pozos de petróleo o gas según prácticas usuales en la industria del petróleo.
>
> "29. Los hidrocarburos líquidos y gaseosos deberán separarse y medirse de acuerdo con los métodos que al efecto prescribe el Ministerio o, en su defecto, por los de uso corriente en la industria del petróleo.
>
> "30. La producción de los pozos no podrá efectuarse con relaciones perjudiciales de gas y petróleos o agua y petróleo. El Ministerio fijará en cada caso los límites de estas relaciones, y en consecuencia, podrá restringir la producción de pozos de petróleo y gas u ordenar el cierre de pozos que sobrepasen dichos límites.
>
> "31. El Ministerio podrá clasificar y reclasificar los yacimientos como de petróleo, gas o condensado, o los pozos como de petróleo, gas o condensado.
>
> "32. La producción de petróleo y de gas no podrá en ningún caso sobrepasar la rata máxima de producción eficiente según normas que dicte el Ministerio".

El Consejo de Estado en sentencia de 31 de julio de 1965, que decidió la demanda instaurada contra el decreto 1348 de 1961, dijo al negar la nulidad de los artículos transcritos:

> "Al estudiar la impugnación al artículo 28 se hizo notar lo que dispone el artículo 4o. de la Ley 10 acerca de las funciones de inspección, vigilancia, fiscalización y

conservación que deben ejercer sobre la industria del petróleo en todas sus ramas los empleados del Gobierno, lo cual implica, como allá se dijo, una autorización al Gobierno para vigilar y fiscalizar las actividades del concesionario a fin de que la explotación de los hidrocarburos se lleve a cabo en forma técnica que evite todo despilfarro y asegure la mejor utilización de aquella riqueza nacional.

"También al estudiar la impugnación al artículo 30 del Decreto se trajo a cuento lo dispuesto en el artículo 14 de la ley reglamentada, poniendo de resalto que el Gobierno está autorizado explícitamente para dictar las medidas que juzgue necesarias con el propósito de evitar el desperdicio del gas. Y aún sin esa clara autorización podría decirse lo mismo del desperdicio del petróleo, cuya extracción se concede al contratista para fines que interesan a la comunidad y no sólo a él, por lo cual parece que al Gobierno dentro de las funciones de vigilancia y consecuenciales tiene no sólo el derecho sino la obligación de tomar las medidas que estime necesarias encaminadas a obtener una técnica y eficiente manera de operar los pozos por el contratista. Seguramente por eso dice el artículo 158 del Código de Petróleos (parte reglamentaria): "El Ministro de Minas y Petróleos ejercerá de manera constante la vigilancia sobre la forma como se efectúe la explotación de los yacimientos de petróleo de propiedad nacional, con el objeto de impedir el agotamiento prematuro de los campos, el desperdicio de aceite o gas o, en general, una explotación contraria a la técnica o a la economía".

La calificación de una actividad como servicio público es propia del legislador. Pero como lo anota Sayagués Laso (Tomo I, Pág. 67), "no es indispensable que el texto legal diga expresamente: tal actividad constituye servicio público. Es suficiente que los textos consagren soluciones que implícitamente supongan que la actividad en cuestión es servicio público. Así ocurre con las leyes que facultan a las entidades estatales para otorgar concesiones de tales o cuales servicios. Si la entidad estatal puede conceder a particulares la explotación de una actividad, es porque le pertenece como *cometido* propio y configura un servicio público".

Si la industria del petróleo, en sus ramos de exploración, explotación, refinación, transporte y distribución, está declarada por el legislador de utilidad pública, si igualmente el legislador ha declarado la propiedad de la Nación sobre los yacimientos de hidrocarburos, si la explotación del petróleo —directamente o por medio de concesiones— es actividad que la ley señala como propia de la administración, es forzoso concluír que se trata de servicios de utilidad general sometidos al régimen jurídico de los servicios públicos.

Así lo considera la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 7 de octubre de 1938, Gaceta Judicial, Tomo XLVII, Página 377.

> "La ley 37 de 1931, elevó a la categoría de empresa de utilidad pública la industria del petróleo en sus ramos de exploración explotación, refinación, transporte y distribución.
>
> "Por consiguiente, la prestación de ese *servicio de utilidad general* no puede realizarse sino mediante tres procedimientos administrativos, de los cuales uno es el de la concesión. Entiéndese por tal, en relación con las empresas públicas, el acto jurídico complejo mediante el cual un particular, sea individuo o sociedad, se compromete a llevar a cabo las obras necesarias para el funcionamiento de la industria de utilidad general y su explotación por cuenta y riesgo del concesionario, a cambio de una remuneración que consiste en los beneficios resultantes para éste de la administración de la empresa durante un tiempo dado". (Subraya la Sala).

El mismo fallo, al analizar los casos en que el "Estado con un acto suyo modifique la situación de su contratante", agrega:

> "Dos son, pues, los casos genéricos que pueden presentarse respecto de tales actos legítimos del poder público: a) Cuando el Estado, en virtud de su derecho de reglamentación, el cual es inalienable e irrenunciable, al reglamentar de nuevo el servicio de utilidad pública concedido, agrava la situación pecuniaria del concesionario. Esta categoría es extraña al actual pleito. b) Cuando por medio de una ley, en su sentido material o político, se vulnera la situación financiera del concesionario".

De este fallo de la Corte, es necesario destacar dos puntos centrales de su importante doctrina:

a) Que en la concesión de petróleos, el contrato se refiere a la prestación de un servicio de utilidad general;

b) Que el Estado tiene, como derecho inalienable e irrenunciable, el de reglamentar de nuevo el servicio de utilidad pública concedido.

b) **Naturaleza jurídica de la concesión de petróleos.**

Las características anotadas de la industria del petróleo, determinan igualmente la naturaleza jurídica de los contratos de concesión que celebra el Estado con los particulares para que exploten yacimientos de propiedad nacional.

La concesión de petróleos, como todo "contrato de concesión", es apenas parcialmente contractual. En la concesión se originan para el concesionario, como ya se dijo, ciertos derechos que emanan directamente del contrato, que son de carácter patrimonial o relacionados con su calidad de concesionario, que compensan las cargas que asuma y son factor determinante en el equilibrio financiero del convenio. Pero la reglamentación del servicio o la

del aprovechamiento de la riqueza petrolífera nacional, es prerrogativa del poder público que permanece en sus manos y ejerce unilateralmente.

En la concesión de petróleos el concesionario obtiene por el contrato el derecho a explorar y explotar los yacimientos que puedan encontrarse en determinadas áreas del subsuelo, mediante el pago a la Nación de ciertas sumas por concepto de arrendamiento y de regalías, y por un término señalado en el convenio; pero los derechos del contratante están sometidos a las disposiciones legales y reglamentarias que organizan y regulan la explotación del petróleo en el territorio nacional y su aprovechamiento, y, además, a las disposiciones legales que afectan al concesionario ya no como contratante sino como ciudadano.

El contrato no crea la institución jurídica de la concesión de petróleos, que es un medio de gestión administrativa para la prestación de servicios de interés público con el aprovechamiento de riquezas mineras de propiedad nacional, establecido y reglamentado por la ley en forma general e impersonal. Estas son situaciones objetivas anteriores al contrato, aplicables a toda persona que adquiera la calidad de concesionario, encaminadas directamente a la prestación del servicio en general, que el legislador puede modificar en todo momento, en ejercicio de competencia constitucional permanente e inalienable.

Es preciso distinguir en la reglamentación legal de la industria del petróleo aquéllas *disposiciones que autorizan al gobierno para celebrar contratos de concesión y señalan los términos patrimoniales en que puede hacerlo, de las que establecen la organización y funcionamiento de la industria.* Las primeras dan lugar a situaciones individuales y subjetivas que se plasman en el contrato, y las segundas crean situaciones generales e impersonales de carácter reglamentario.

En el contrato de concesión de petróleos, la calificación que pueda hacerse de sus cláusulas como reglamentarias del servicio o contractuales, no depende de que su contenido lo determine una disposición legal, ya que unas y otras emanen de la ley, sino de su propia naturaleza jurídica.

En la concesión de petróleos, el establecimiento de las reglas a que debe someterse la organización o funcionamiento del "servicio de utilidad general", escapa al dominio contractual en virtud del derecho del Estado "inalienable e irrenunciable" de "reglamentar de nuevo el servicio de utilidad pública concedido", como lo anota la Corte, con clara visión jurídica, en los apartes del fallo transcritos anteriormente. Son los términos económicos de la colaboración del particular al funcionamiento del servicio o de la industria de utilidad general, los que caen bajo la órbita propia del contrato, las

prestaciones y contraprestaciones de carácter patrimonial que constituyen el equilibrio financiero del acuerdo, dentro del marco de interés público en que siempre se mueve la administración.

Debe, pues, concluírse, que el convenio que se suscribe entre el Estado y un particular para la explotación de yacimientos petrolíferos, tiene como en la concesión de servicios públicos tradicionales, una parte propiamente contractual, que regula las relaciones patriamoniales entre concedente y concesionario, y una parte reglamentaria del servicio público de explotación y suministro de petróleo y sus derivados, que establece unilateralmente el Estado para satisfacer necesidades de interés colectivo.

Estas reglamentaciones, que crean situaciones jurídicas de carácter general, se originan en leyes, decretos o resoluciones que expiden el Congreso o el ejecutivo dentro de sus respectivas competencias constitucionales y legales.

En providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de que fue ponente el Dr. Anibal Cardozo Gaitán, se analiza con particular nitidez la naturaleza jurídica de las concesiones que hace el Estado para la explotación de recursos naturales renovables y no renovables, como la del petróleo de propiedad nacional.

Dice la Corte:

> "Los contratos para la explotación de bosques, que celebra la administración con los particulares, son en realidad, análogos a los que se hacen para la explotación de yacimientos petrolíferos y también a los que el Estado celebra sobre minas de las cuales es dueño.
>
> "A tales contratos, se les ha dado el nombre de concesión. En qué consiste ésta? Es un privilegio que el Gobierno, como entidad administrativa, otorga a los particulares, autorizada por leyes especiales, para que éstos puedan explotar riquezas naturales de propiedad de la Nación. Para ello el Gobierno obra autorizado por leyes permisivas, que regulan la materia.
>
> "En la celebración de las concesiones no se aplican rigurosamente los preceptos que reglamentan, en derecho privado, las relaciones jurídicas de los contratantes.
>
> "El objeto sobre el cual recaen las concesiones es del Derecho Público interno y de la administración de los bienes nacionales encomendada al Organo Ejecutivo. Este contrata en condiciones de evidente superioridad jurídica sobre el particular, pues lo hace como persona encarnación del Estado. En estos casos al Gobierno no celebra propiamente una verdadera convención bilateral, onerosa, en provecho exclusivo del erario público, sino que cumple, en realidad, un deber administrativo en beneficio de la comunidad. Cuando el Estado permite que un particular explote una mina, un bosque, o un yacimiento de petróleo, de su propiedad, no busca

simplemente una fuente de entradas para sí, sino que persigue con ello un fin que ha de traer provecho a la sociedad en general. Y no puede pensarse que en estos casos el Estado, sin más atribuciones y prerrogativas que un simple particular llame a otro para celebrar con él una convención conmutativa de donde surgirán derechos y obligaciones iguales y recíprocas. Más que un contrato, un acto de estos es un permiso que el Estado concede a quienes han llenado ciertos requisitos y aceptado voluntariamente las prerrogativas que respecto de ellos ejercita la entidad pública, para que al explotar esos bienes y obtener un lucro particular, también cumplan la función social de poner en juego esas riquezas al servicio de la colectividad.

"Bien se ve que no se trata aquí de convenciones civiles, en que desempeña papel decisivo la igualdad jurídica de las partes, sino que el Estado, en ejercicio de sus facultades como entidad de derecho público, autoriza a uno de sus Organos, por medio de normas especiales a las que debe ceñirse éste estrictamente, para que otorgue a un particular, que cumpla determinadas formalidades, el privilegio de explotar riquezas, que al entrar en el comercio traerán consecuencias benéficas para la economía nacional.

"..... .....

"Pero podría creerse que ellas estuviesen comprendidas dentro de los contratos innominados que autoriza el Código Civil. Sin embargo no sucede tal, por la calidad misma de la concesión. Ya se vió que esta no es propiamente un contrato bilateral, conmutativo, de obligaciones recíprocas y compensatorias iguales. Y el fin que persigue la Nación al otorgarla tiene importancia decisiva para juzgar sobre su naturaleza.

"Porque el Estado no se propone principalmente obtener una utilidad sino permitir o autorizar que esas riquezas naturales se exploten. ¿Y para qué concede este permiso? Nó para favorecer al particular concesionario. Tampoco para buscar meramente el proporcionarse un arbitrio fiscal. El fin principal es el de poner esas riquezas al servicio de la comunidad. Es decir, la utilidad, el interés social.

"Todas las consideraciones llevan a la Sala al convencimiento de que a la concesión que aquí se estudia no es posible aplicarle las reglas de derecho común que rigen las convenciones entre los particulares, y que ella se debe asimilar, más razonablemente, a lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan "contrato administrativo".

"Y en contratos de esta índole hay que admitir que la situación jurídica de los contratantes no es la misma; nadie pone en tela de juicio las prerrogativas y privilegios de que en ellos goza el Estado. . . " (Corte Suprema de Justicia –Sala de Negocios Generales– Bogotá, 15 de abril de 1937).

Coincidiendo con la jurisprudencia de la Corte, el profesor Sarria, en su obra ya citada, expresa la siguiente opinión:

"a) La concesión minera es el acto administrativo complejo, por medio del cual se otorga a una persona poder legal suficiente para prestar, por su cuenta y riesgo, el servicio de explotación de un yacimiento;

"b) La concesión minera contiene la norma reglamentaria de la actividad de que se trata, o sea el acto legislativo creador de una situación jurídica general, impersonal, objetiva;

"c) Igualmente contiene una parte estrictamente contractual, o sea el acto jurídico subjetivo, creador de una situación jurídica individual;

"d) La norma reglamentaria del servicio o actividad puede ser modificada unilateralmente por la administración. Pero cuando se hacen más onerosas las cargas para el concesionario, debe compensársele;

"e) Los productos de la explotación pertenecen al concesionario y al Estado, en la proporción acordada entre las partes;

"f) El concesionario sustituye a la administración en el desarrollo de esta actividad de servicio público;

"g) Siendo el concesionario una persona de derecho privado, y realizándose la prestación del servicio por su cuenta y riesgo, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia se abstienen de considerar al personal de trabajadores vinculados a la explotación como trabajadores públicos u oficiales".

En otros países el régimen jurídico de las minas y de los hidrocarburos, registra como en Colombia, una definida evolución hacia el derecho público.

El profesor Laubadere, al estudiar la naturaleza jurídica de la concesión de minas en Francia, para establecer si ésta es un acto unilateral o un contrato, y al referirse a la institución del cuaderno de cargos que para la concesión de minas e hidrocarburos ha consagrado primero la práctica administrativa y luego la ley, concluye:

"Algunos consideran que esta práctica de los cuadernos de cargos suministra un argumento decisivo a la tésis contractual. Sinembargo, cuadernos de cargos no es necesariamente sinónimo de contrato. Lo prueba la discusión clásica relativa a la concesión de servicio público. Pero se puede pensar que esta aproximación aclara en sí misma el problema: se admite generalmente hoy día que la concesión de servicio público es un *acto mixto* y que su cuaderno de cargos juxtapone cláusulas contractuales y cláusulas reglamentarias (V. Tomo I. 1030); se puede decir otro tanto de la concesión de minas y analizarle como un acto mixto, parte reglamentaria y parte contractual" (en el mismo sentido: L. Rolland. "La situación jurídica de los Explotadores de Minas". Revista de Derecho Público y de Ciencias Políticas 1911.730; "Las Nuevas Concesiones de Minas, R.D.P. 1920.343; J. Russo, ob. cit. 103 y s)".

Al considerar las obligaciones del concesionario, explica Laubadere:

> "Ellas consisten en la observación de prescripciones legales o reglamentarias que conllevan la obligación de efectuar ciertos trabajos destinados a asegurar la conservación de la mina, la protección de la superficie y la seguridad del personal. Además la administración conserva importantes poderes de control y de supervigilancia que recuerdan los que existen en relación con los empresarios de trabajos públicos, los que comprenden los derechos de ordenar y de prohibir". (Laubadere – Traité Elementaire de Droit Administrative, T.III – Págs. 713 y 715).

Anota igualmente Laubadere, que en Francia, el régimen minero, en general, ha evolucionado en el sentido de considerar los yacimientos como una *riqueza nacional*; correlativamente, dice, la evolución del derecho minero, ha sido hacia la impregnación por el derecho público del régimen de explotación minera:

> "El carácter de riqueza nacional de la mina y el de empresa privada de interés general de la explotación minera han implicado la aplicación de principios de derecho público". (Obra citada).

VIII

CONTRATO CIVIL Y ADMINISTRATIVO

Son oportunas algunas consideraciones generales sobre el contrato de derecho privado y el contrato administrativo, como dos categorías jurídicas distintas, por ser la concesión el contrato administrativo por excelencia, y por la inclinación que aún existe en nuestro medio jurídico, de analizar el contrato administrativo como un contrato de derecho privado, que se rige exclusivamente por los principios del Código Civil.

En el derecho colombiano contemporáneo, la administración al contratar, lo hace por procedimientos propios del derecho público, o sea mediante contratos administrativos, o apelando a las formas y procedimientos del derecho privado.

La ley distingue expresamente las dos modalidades contractuales (Dto. 528/64, Arts. 30, 32; Dto. 3130 de 1968, Art. 35 y concordantes), y, además, tribunales diferentes conocen de las controversias que se originan en uno u otro caso.

En la reforma constitucional de 1945 se eliminó la competencia que la propia Carta daba a la Corte Suprema de Justicia, como supremo tribunal civil, para

conocer de los contratos celebrados por la Nación y de las controversias que originaran, competencia que desde 1964, la ley atribuyó al Consejo de Estado.

Como se advierte de las doctrinas transcritas, la Corte con anterioridad a esta fecha, ya había identificado jurídicamente el "contrato administrativo" y se había apartado de las viejas tendencias civilistas que asimilaban todos los contratos de las colectividades de derecho público a los de los particulares, para someterlos exclusivamente a las disposiciones del Código Civil, de rígida orientación individualista, inspiradas en la igualdad formal de las partes y en su capacidad para crear la ley del contrato. (Art. 1602 del C.C.).

Al pasar el conocimiento de las controversias relativas a *contratos administrativos* a los tribunales de lo Contencioso Administrativo, cuyo ámbito jurídico es fundamentalmente el del derecho público, en el que debe encontrar los principios y normas constitucionales y legales que gobiernan, determinan y encausan la actividad de la administración, resulta impostergable desarrollar en el derecho colombiano la teoría propia del contrato administrativo, más aún si se tiene en cuenta la evolución legislativa y la práctica contractual, la primera consagrando y la segunda reservando prerrogativas y privilegios para la administración, las conocidas como cláusulas exorbitantes del derecho común, caducidad, multas, sometimiento a apropiaciones presupuestales, modificación o terminación unilateral del contrato, que estructuran el convenio administrativo con base en la desigualdad esencial de las partes, ya que una, la administración, representa el interés general, el servicio público, y la otra, un mero interés privado, el del contratante.

En su Derecho Constitucional Colombiano, edición de 1944, observaba el Dr. Tascón:

> "El Consejo de Estado ha abogado por una reforma en el sentido de adscribir a los Tribunales Contencioso–Administrativos las controversias sobre cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración para obras y servicios públicos de toda especie. Es notoria la necesidad de que en los conflictos que surgen sobre el particular, se apliquen los principios del derecho público que suelen informar esta clase de negociaciones, por organismos especializados como el Consejo de Estado, y por los Tribunales Administrativos cuando se trata de contratos celebrados por la administración departamental o municipal, puesto que por la naturaleza de las funciones de tales organismos, resulta más adecuado conferirles la decisión de aquéllos y nó a jueces cuyo criterio se inspira únicamente en las normas del derecho privado".

La teoría del contrato administrativo encuentra sus bases jurídicas en la prevalencia del interés público sobre el privado, en el concepto de la

colaboración que el particular contratante presta a los servicios públicos, en la necesidad de asegurar el funcionamiento de éstos, y en la equidad y buena fe como principios tutelares de la actividad administrativa, para que en estas materias prevalezca el interés general en armonía con el respeto de los derechos individuales.

Dentro de esta órbita conceptual, los principios del Código Civil que constituyen elementos de la teoría general del contrato, son igualmente válidos en el contrato administrativo, en cuanto no pugnen con la naturaleza y características propias de éste.

La teoría del contrato administrativo tiene en nuestro derecho positivo excepcionales soportes constitucionales y legales, pero exige de la jurisprudencia y de la doctrina, y posiblemente más de ésta que de aquélla, el desarrollo de principios y tendencias universalmente consagradas, que den a las relaciones de las partes en los contratos administrativos, dentro de la seguridad jurídica y la equidad, el marco de derecho público que éstas requieren.

La autonomía del derecho administrativo, frente al derecho civil, es principio fundamental que han expuesto de tiempo atrás, tratadistas nacionales y extranjeros.

El Dr. José Joaquín Castro Martínez, uno de los pioneros del Derecho Administrativo en Colombia, anota en su tratado sobre la materia: (Edición 1950).

> "El procedimiento de derecho público, a diferencia del procedimiento de derecho privado, parte de la desigualdad de intereses, por que se basa en el principio de la supremacía del interés colectivo. Las leyes y reglamentos que rigen los servicios públicos deben interpretarse en el sentido de que la comunidad requiere la satisfacción regular y continua de sus necesidades y que tal es el espíritu de las disposiciones que para el efecto se dictan.
>
> "..... .....
>
> "Respecto a las ideas que dejamos expresadas atrás, véase lo que dice el autor alemán Fritz Fleiner: "La evolución expuesta ha dado al derecho público la supremacía en grandes sectores de la actividad pública del gobierno, eliminando en ellos al derecho civil. Esta exclusión del derecho privado tienen su justificación en la circunstancia de que este derecho parte de la igualdad jurídica de los individuos y está concebido para equilibrar los intereses igualmente legítimos de los particulares. Pero a medida que fue ensanchándose el círculo de los intereses del Estado, la administración pública se vió en la imposibilidad de tratar sus asuntos, frente a los ciudadanos, con los medios del derecho privado. Sólo con ayuda del poder de

soberanía y autoridad es capaz de realizar sus últimos y más altos fines, y desde el momento en que la administración pública se coloca frente a los ciudadanos de un modo soberano y autoritario, se hace inaplicable el derecho civil, que coloca a las partes en un mismo nivel. En ese mismo instante empieza la esfera del poder público. Según demuestran las anteriores explicaciones, el derecho público ha nacido como un derecho especial para aquellas relaciones de la administración pública respecto de las cuales el derecho privado no representaba el derecho "adecuado". Mas, ni en el Reich ni en los Estados alemanes particulares, como tampoco en los países extranjeros se ha hecho el intento de reunir en un Código los principios del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo no se ha formado ni desarrollado sino lenta y laboriosamente, en relación con las distintas ramas de la administración. Aún hoy día tiene que luchar para su reconocimiento frente al predominio del derecho privado, que encuentra su apoyo en la completa codificación de la legislación civil alemana, en la posición central de la jurisdicción civil y en la formación acentuadamente civilista de una gran parte de los juristas alemanes, consecuencia de esta misma posición". . . ".

IX

EL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO

La facultad del poder público para modificar unilateralmente las situaciones legales o reglamentarias no significa que en el contrato administrativo el particular esté a merced de la administración y el interés privado no encuentre amparo legal suficiente.

Por el contrario, si el régimen jurídico del contrato administrativo impone la prevalencia del interés público sobre el privado, lo hace sin menoscabo de la protección que éste requiere. Ciertamente el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que busca satisfacer el interés general, pero si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses patrimoniales de particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado, dentro del marco de disposiciones legales y principios jurídicos que establecen en el derecho colombiano la oportunidad, razón y cuantía de estas reparaciones.

La teoría jurídica moderna define con toda claridad la responsabilidad de la administración pública y en materia contractual la ha enriquecido con nuevas concepciones que buscan justa y razonable armonía entre el interés público que personifica la administración y el interés de los particulares que prestan directa o indirectamente su colaboración para el funcionamiento de los servicios públicos o asumen su prestación.

El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia en favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra

reconoce el derecho de co–contratante al respeto del equilibrio financiero considerado en el contrato. Es en este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato.

> "El poder de introducir modificaciones no supone el sacrificio del particular contratante, como tampoco beneficiario indebidamente. De ahí que si la alteración del contrato le impone mayores gastos, la administración debe indemnizarlo reajustando el precio estipulado. Por las mismas razones, si se reduce la prestación convenida y ello implica una economía, hay que hacer el reajuste pertinente.
>
> "**Ecuación financiera.** La regla de que los contratos deben *ejecutarse de buena fe* no es exclusiva del derecho privado; es un principio general y por lo tanto rige también en el derecho administrativo. De ahí deriva que las potestades excepcionales que posee la administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos, no pueden significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado con ella. Esto se logra protegiendo el *resultado económico* que perseguía el contratante, es decir usando la denominación generalizada en el derecho francés, la *ecuación financiera* del contrato".
>
> "Dicho objetivo se alcanza de diversas maneras: negando a la administración el derecho de modificar las cláusulas de contenido puramente patrimonial; resarciendo al contratante los perjuicios que le causen las modificaciones, ampliaciones o supresiones dispuestas por la administración; responsabilizando a ésta por el incumplimiento de sus obligaciones etc.
>
> "En todos los casos la situación del contratante debe ser finalmente tal que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originarias.
>
> "La situación del contratante en este aspecto resulta a veces más ventajosa que si estuviera bajo las reglas del derecho privado, como lo desmuestra la elaboración jurisprudencial y doctrinaria sobre la teoría de la imprevisión". (Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Págs. 570–571).

X

LAS LEYES DE CARACTER GENERAL Y EL CONTRATO

Identificadas las dos situaciones que coexisten en el "contrato de concesión" una reglamentaria y otra propiamente contractual, y establecido su diferente régimen jurídico, se determina la capacidad del poder público para modificar unilateralmente el contrato en uno y otro campo y sus eventuales responsabilidades.

Con base en esta distinción resulta claro que si el poder público puede en todo momento modificar las cláusulas de la concesión que reglamentan directamente la organización y funcionamiento del servicio, con mayor razón

puede modificar aquellas leyes que ya no guardan relación directa con el contrato, sino que regulan situaciones distintas del concesionario, como la de contribuyente al tesoro público por concepto de impuesto sobre la renta y patrimonio.

> "En cuanto realiza una actividad de naturaleza comercial o industrial el concesionario está sometido a la legislación existente o que se dictare, igual que todos los particulares.
>
> "La circunstancia que explote el servicio en base a la concesión otorgada por una entidad pública, no excluye el juego normal de la competencia legislativa. Las leyes de carácter general sobre jornada de trabajo, jubilaciones, asignaciones familiares régimen impositivo, etc. alcanzan en la medida que ellas mismas disponen, a todas las empresas y trabajadores, sea que actúen en el campo de la actividad privada individual, o como concesionarios de servicios públicos". (Sayagués Laso, obra citada, Tomo II, Pág. 50).

Tanto en el caso de las cláusulas propiamente reglamentarias de la concesión como en el de las leyes que rodean el contrato y determinan su ambiente jurídico, el concesionario no tiene derechos subjetivos emanados del contrato sobre situaciones jurídicas generales creadas por la ley existente al momento de contratar, y aunque se alegaren siguiendo un extremo y excluyente razonamiento civilista, de todas maneras se estaría frente a un conflicto entre derechos privados y la necesidad pública, en el que la nueva ley sería de inmediata y general aplicación por ser de evidente interés social y además de orden público.

La mención que en los contratos administrativos hagan los contratantes a la ley vigente, y aun su expresa incorporación al contrato como cláusulas de éste, nada cambia en el aspecto indicado, ni hace perder a la ley su naturaleza jurídica, para convertirla en el caso concreto en una mera estipulación contractual solo modificable por la voluntad común de los contratantes o para exonerar a los contratantes de la aplicación de la ley futura. Tampoco priva a la administración de su derecho, ni la libera de la obligación, de aplicar en forma general e inmediata la nueva ley.

> "Por ser creación exclusiva del Estado y dictadas en ejercicio de su poder de imperio, las leyes vigentes incorporadas a los contratos al tiempo de su celebración, crean para los contratantes un status legal que rebasa la situación jurídica concreta creada por el acuerdo particular de voluntades en virtud de las verdaderas cláusulas contractuales.
>
> "Se comprende así fácilmente que la jurisprudencia y los autores hayan considerado siempre que la incorporación en los contratos particulares de las leyes vigentes al tiempo de su celebración, no tiene otro alcance que el reglamentario e interpretativo de la voluntad que las partes hayan querido expresar, y que esto no

> significa que tales leyes puedan ser tomadas como verdaderas cláusulas contractuales, de naturaleza y alcance semejantes a las que deben su origen al asentimiento privado". (Corte Suprema de Justicia Sala de Negocios Generales – Sentencia de Octubre 1o. de 1956).

Además:

Si los particulares pueden obligarse a todo aquello no prohibido por las leyes, la administración no puede hacer sino lo que la autorice o mande la ley. Entre sus facultades no está la de convenir contractualmente la permanencia de una norma legal o la de restar efecto general a la ley futura. Semejante estipulación sería contraria al orden público y al interés general que expresa la ley, al ordenamiento constitucional que da al legislador la facultad de hacer las leyes y de reformar o derogar las existentes.

La función administrativa se limita a dar cumplimiento a la ley.

Solo cuando la ley expresamente lo autorice, y la estipulación contractual sea desarrollo particular y directo de la facultad dada por el legislador, la administración puede crear en los contratos que suscriba, situaciones individuales subjetivas que la nueva ley debe respetar.

La revocatoria del acto reglamentario, como ya se explicó anteriormente, no borra en lo pasado los efectos jurídicos ya producidos, que la propia ley autorizaba. En este caso, no se desconoce la competencia constitucional del legislador, sino que se cumple la voluntad por éste expresada en la ley.

Anota el Profesor Jéze:

> "Un primer punto debe ponerse fuera de toda discusión. El contrato de concesión no puede comprometer la competencia legal de las autoridades para dictar las *leyes y reglamentos*, necesarios para el interés público. En particular, el poder reglamentario de policía de la administración o su poder legislativo o reglamentario de establecer o modificar los impuestos, no resulta limitado en forma alguna a raíz de la concesión, *cualesquiera sean las cláusulas incluídas en el acto de concesión, aún cuando dicho acto estipule expresamente una limitación.* La medida *general* de interés público, dispuesta por la autoridad (concedente o no concedente) en ejercicio de su competencia legal, es válida y regular. Una competencia reglamentaria no puede ser comprometida por su titular". (Principios Generales del Derecho Administrativo, Tomo V, Pág. 141).

En concepto de octubre 29 de 1970, dijo esta Sala:

> "Si en ciertos casos los reglamentos pueden dar lugar a la adquisición de derechos en el pasado por aplicación de sus normas a casos concretos, jamás pueden

adquirirse derechos sobre el reglamento mismo y éste puede en todo momento ser derogado o modificado. La administración que al dictarlo ejerce una competencia de derecho público tampoco podría obligarse a mantener el reglamento en el futuro, porque estas competencias no son susceptibles de estipulación contractual".

XI

LAS LEYES DE IMPUESTOS Y EL CONTRATO

Con relación a la ley fiscal, debe anotarse:

El Estado tiene entre sus atribuciones, como poder soberano, la de crear impuestos, y los ciudadanos la obligación de contribuír a las cargas públicas de acuerdo con su capacidad.

El impuesto es el procedimiento normal de repartir las cargas públicas entre los ciudadanos.

Es principio fundamental a nuestro derecho público el de la legalidad del impuesto (C.N. Art. 43). Este principio –imponer es legislar– hace participar al impuesto de los mismos caracteres esenciales a la ley: generalidad e impersonalidad.

La generalidad e impersonalidad de la ley conduce a la igualdad de los ciudadanos ante ella, y en el caso de las leyes tributarias, a la "igualdad ante el impuesto" que aquellas crean. A idéntica conclusión se llega en desarrollo de otro principio que en nuestro sistema político rige las relaciones entre gobernantes y gobernados: la "igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas".

En sus aspectos económicos y sociales la "igualdad frente al impuesto" se traduce en fórmulas legislativas que tratan de realizar la "justicial fiscal", entendida no como "igualdad numérica, sino en razón del ideal de justicia social que motive al legislador". En su alcance jurídico el principio de "igualdad frente al impuesto" se concreta en la simple igualdad frente a la ley de impuestos y conduce a someter al mismo régimen fiscal las personas, las propiedades y las actividades que se encuentran en la situación definida por la ley tributaria.

El concesionario de un servicio público no pierde, por esta circunstancia, su carácter de particular vinculado a la explotación de un negocio que realiza con ánimo de lucro y que la ley fiscal considera como toda otra actividad que genera utilidades.

Si la naturaleza de interés público del servicio concedido justifica excepciones al principio de generalidad del impuesto, la exoneración fiscal debe estar autorizada en texto expreso de la ley, y como toda excepción interpretarse en forma restrictiva.

En los contratos que celebre la administración, ésta no puede conceder sino las exoneraciones tributarias expresamente autorizadas por el legislador. Mientras esto no suceda, las disposiciones de la ley tributaria, vigentes y futuras, afectan a los contratistas y entre éstos a los concesionarios de servicios o industrias de utilidad pública, sin distinción alguna, con la misma generalidad que se aplica toda ley.

Ninguna persona puede alegar derecho a la subsistencia de la ley fiscal, es decir, a que el legislador no cambie el sistema tributario, estableciendo nuevos impuestos, aumentado los anteriores, o modificando las formas de liquidación. Es esta facultad inalienable del legislador, lo mismo que la de eliminar o disminuír los impuestos existentes. Pero los efectos de la ley fiscal en el pasado debe respetarlos la ley nueva. Así, por ejemplo, las liquidaciones de impuesto hechas a una persona de acuerdo con la ley vigente, no pueden ser desconocidas por la ley futura, como tampoco las situaciones jurídicas individuales sobre exención temporal de algún impuesto o reconocimiento de deducciones, que el legislador expresamente haya autorizado para formalizar en *contratos,* o actos concretos, como puede suceder en la omisión de deuda pública o en la promoción de nuevas industrias. Estos son efectos de la ley en el pasado, los que, en interés de la seguridad jurídica, la ley nueva debe respetar.

El contratante con la administración puede encontrarse ante la ley de impuestos investido de una situación legal o como titular de una situación individual y subjetiva, autorizada por la ley y creada regularmente bajo su amparo.

Las situaciones legales, son generales e impersonales, su contenido lo determina la ley o reglamento, y las ventajas o cargas que para el contribuyente se deriven de la reglamentación legal, dependen de la urgencia de la ley.

En las situaciones individuales y subjetivas su contenido se deriva no de la ley, sino del acto individual, que a la vez crea la situación jurídica y la confiere a su titular, y por lo tanto, su contenido no se altera por el cambio de la ley.

Al examinar la aplicación de la ley tributaria, a concesiones de petróleo contratadas bajo la vigencia de la ley derogada, dijo la Corte:

"Considerado el punto por el aspecto de la posterioridad de la ley tributaria en relación con la fecha de la concesión, debe tenerse en cuenta que cuando una ley grava derechos provenientes de contratos celebrados con anterioridad a ella, no modifica las convenciones, siempre que por lo demás, reuna las condiciones anotadas en su sentido material y político. Débase ello a que el objeto de la nueva ley no es el contrato sino al estatuto legal tributario, y si afecta a los contratantes no es por ser tales contratantes sino por su calidad de contribuyentes. Por idéntica razón no existe el pretendido desequilibrio económico en el contrato, a consecuencia de la nueva ley". (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 7 de octubre de 1938. Tomo XLVII, Pág. 377).

En cuanto a la aplicación inmediata de la ley fiscal, son válidos los criterios expuestos anteriormente para la ley en general.

"Una vez determinada su vigencia, la ley fiscal se aplica inmediatamente, no solo a las situaciones previstas que nazcan a partir de este momento, sino aun a las situaciones actualmente existentes. Esta es la fórmula general de aplicación de las leyes *nuevas* a las consecuencias *futuras* de situaciones *anteriores*". (Trotabas – Finances Publiques, página 302).

XII

EL CONTRATO Y LAS CIRCUNSTANCIAS LEGALES COETANEAS

Puede suceder que los contratantes con la administración, *en forma expresa e inequívoca,* hagan constar que han tenido en cuenta ciertas circunstancias económicas o tributarias existentes al momento de contratar, como determinantes de las obligaciones que asumen o como compensatorias de éstas. Este tipo de estipulaciones no significa que no pueda cambiarse o modificarse la ley o que tenga el alcance de restarle generalidad a la aplicación inmediata de la ley futura; como ya se dijo, la administración no puede limitar los órganos del Estado en el ejercicio de sus competencias constitucionales.

Las consecuencias de estas estipulaciones son otras.

Como todos los contratos se rigen por la buena fe y la equidad, y debe estarse a la intención de las partes, la variación de la ley, o de las circunstancias cancomitantes, daría lugar a los consiguientes reajustes o compensaciones entre los contratantes, y eventualmente a condenas indemnizatorias, siempre que se compruebe por el perjudicado que sus obligaciones contractuales se han agravado más allá del límite del álea normal que debe soportar todo contratante, y que en consecuencia, se ha roto el equilibrio económico del contrato considerado al momento de la convención, como sucede en las estipulaciones sobre reajuste futuro de

precios en los contratos de obra pública que autoriza la ley 4a. de 1964. En la concesión esta posibilidad podría presentarse en los contratos en que la autoridad administrativa tenga el poder determinante de los ingresos del concesionario, o la libre estipulación de sus compensaciones pecunarias, pero resulta de muy difícil ocurrencia en contratos cuya estructura económica sea la del pago de cánones o participaciones a la Nación, sin que ésta controle los ingresos del concesionario y en los que las condiciones del contrato no resultan de la voluntad de las partes sino de la ley.

XIII

EL DECRETO LEGISLATIVO 2140 DE 1955, ARTICULO 5o. Y LA LEY 10 DE 1951

Hechas las consideraciones anteriores, y con base en los principios expuestos, puede hacerse el análisis del problema jurídico planteado en la consulta, que se concreta a establecer si es o no aplicable el artículo 5o. del decreto 2140 de 1955, derogado por la ley 10 de 1961, a los contratos de concesión para explotar petróleos nacionales celebrados durante la vigencia del decreto, en los que figure la cláusula transcrita en la consulta, que incorpora como cláusulas contractuales las disposiciones del Código de Petróleos y las del decreto 2140 de 1955, y en forma general las leyes vigentes al momento en que se suscribe el contrato.

1. Tanto el artículo 5o. del decreto 2140 de 1955, como el artículo 24 de la ley 10 de 1961 que lo sustituyó, al establecer una deducción especial de agotamiento, adicional a la deducción normal, se limitan, a *reglamentar en este aspecto,* y *en forma general e impersonal,* la manera de liquidar el impuesto sobre la renta a las compañías explotadoras de petróleo, *nacional* o *privado,* reglamentación que compete al legislador y que éste puede modificar libremente.

2. El decreto 2140 de 1955, que se dictó con el propósito de estimular la industria del petróleo, dividió al territorio nacional en sector occidental y sector oriental, y para cada uno de ellos reglamentó en forma distinta los estímulos.

Para las explotaciones de petróleo del sector occidental, el decreto en su artículo 5o., creó el factor especial de agotamiento o deducción extraordinaria del 15o/o, adicional a la deducción normal del 10o/o, en las condiciones y dentro de los límites allí indicados.

Para el sector oriental, y exclusivamente para las explotaciones de petróleo de esta región, el artículo 13 del decreto estableció que la deducción normal

por agotamiento se concediera por todo el tiempo de la producción y sin sujeción al monto de inversiones efectivas, a la tasa del 28o/o del valor bruto del producto natural, excluyendo expresamente la deducción extraordinaria del 15o/o que establecía el artículo 5o. del decreto para la región occidental. El mismo decreto, además, y solamente para el sector oriental, amplió el término de las concesiones (Art. 11), disminuyó las regalías (Art. 16), el impuesto a los oleoductos (Art. 17) y autorizó al Gobierno para convenir con los contratistas de exploración y explotación de petróleos nacionales de la región oriental, la revisión de sus contratos, con el único objeto de adaptarlos a las normas particulares del decreto (Artículo 21).

En el análisis del decreto 2140 de 1955 es preciso, en consecuencia, distinguir la reglamentación de una y otra zona, y tener en cuenta que la revisión de contratos para adaptarlos a las disposiciones del decreto la autorizó el legislador para la región oriental pero no para la occidental, a la que se refiere el artículo 5o. del decreto.

La autorización para contratar en el sector oriental, y la falta de esta autorización en el sector occidental, definió situaciones jurídicas distintas para los concesionarios en uno y otro sector, como lo precisó ampliamente el Consejo de Estado, Sala Contenciosa, en las providencias dictadas en motivo de la demanda del decreto 1348 de 1961, decreto reglamentario de la ley 10 de 1961, que como ya se dijo, derogó el decreto 2140 de 1955.

En el auto admisorio de la demanda, Oct. 31 de 1961, consignó el Consejo los siguientes conceptos que recogió igualmente la sentencia:

> "La Ley 10 modificó los plazos para exploración y explotación en las dos regiones en que para esos efectos divide el territorio nacional, y, asimismo, elevó los cánones por las extensiones superficiarias concedidas y los porcentajes de participación al Estado en concepto de regalías por su petróleo y de impuesto por el extraído de propiedades particulares. En todos estos puntos las modificaciones representan ciertas ventajas para el Estado si se las compara con las previsiones del Código, a las cuales seguramente se acomodaron los contratos celebrados hasta la fecha.
>
> "En cambio otorga la Ley 10 de 1961 a los concesionarios que hayan iniciado explotaciones desde el 1o. de enero de 1955 más de lo que estaba previsto en el Código, pues les concede el 15o/o adicional como factor especial de agotamiento y el 10o/o, para amortizar inversiones en exploraciones hechas después de aquella fecha. Ya se vió atrás que estas concesiones adicionales fueron precedidas por las que *transitoriamente* otorgó el Decreto 2140 de 1955. Y hay que pensar que la ley quiso respetar, como era obvio, situaciones jurídicas que se hubieran creado al amparo de las disposiciones de aquel Decreto para beneficiarse con las gracias de orden tributario que a quienes emprendieran en nuevas exploraciones en zonas discontinuas e independientes se concedían. (Subraya la Sala).

"Sin embargo, no debe pasarse por alto que las concesiones de orden tributario, como todo lo atañedero al impuesto sobre la renta, se va cumpliendo para cada año gravable y es susceptible de ser modificado por el legislador para el año fiscal siguiente. Salvo que el mismo haya autorizado celebrar contratos en los cuales deban incorporarse como cláusulas que adquieran permanencia dentro del plazo las concesiones tributarias respectivas. Siendo esto así, debe tomarse el principio para aplicarlo a las situaciones que en esta materia pudieron crearse en virtud del Decreto 2140 de 1955. Bajo la vigencia de éste y *por voluntad unilateral del Estado,* gozaron de la deducción especial de agotamiento del 15o/o computada sobre la renta líquida fiscal producida por las explotaciones quienes emprendieran en exploraciones en zonas separadas y discontinuas de aquéllas. Se estimularon así las nuevas exploraciones y la deducción estaba condicionada a que se adelantaran..... (Subraya la Sala).

"Las observaciones anteriores se refieren concretamente a lo que el Decreto 2140 proveía sobre explotaciones y exploraciones en la región occidental.

"Lo atinente a la región oriental fue tratado en capítulo aparte y especial del Decreto, en los artículos 11 a 17. El artículo 13 concedía exclusivamente para las explotaciones de petróleo en la región oriental, una deducción de agotamiento a base de porcentaje fijo, por todo el tiempo de la producción, del 28 por ciento del valor bruto del producto natural extraído, etc., según allí se determina. En el segundo inciso se dice que "esa deducción está destinada a cubrir tanto la amortización de bienes agotables de la respectiva explotación como las inversiones que las empresas efectúen en cualquier parte del país, directamente o por medio de filiales, subsidiarias o asociadas, en exploraciones superficiarias o con taladro, y por tanto, excluye la deducción extraordinaria por agotamiento que establece el artículo 5o. de este Decreto".

Y en el artículo 21 del mismo se dijo:

"Autorízase al Gobierno para que, por conducto del Ministerio de Minas y Petróleos, convenga con los contratistas de exploración y explotación de petróleos nacionales de la región oriental, la revisión de sus contratos, con el único objeto de adaptarlos a las normas pertinentes del presente Decreto".

"Si en virtud de esta autorización el Gobierno ha celebrado contratos para reajustar a las condiciones del artículo 13 del Decreto 2140 de 1955 los celebrados anteriormente sobre concesiones en la región oriental, los concesionarios respectivos pueden alegar que son titulares de un derecho adquirido para no ser obligados a readaptar tales contratos a los ordenamientos de la Ley 10 de 1961, en cuanto el conjunto de éstos pudiera serles desfavorable.

"En cambio, el silencio mismo que en el Decreto se guardó sobre autorización para readaptar a él los contratos que se refieran a exploraciones y explotaciones en la región occidental está diciendo que no fué facultado el Gobierno para modificarlos *y que los celebrados sobre dicha región bajo su vigencia no podían contener cláusula alguna que comprometiera a la Nación a mantener a los concesionarios por*

más tiempo del de la vigencia del Decreto la deducción extraordinaria del 15o/o en concepto de agotamiento. Es claro que en tales condiciones el legislador puede cancelar para nuevas vigencias fiscales aquellas gracias que, haciendo sus veces, concedió transitoriamente el Gobierno por Decreto de estado de sitio. (Subraya la Sala).

"En cuanto a derechos adquiridos se tiene, pues, dos situaciones diferentes: a) Concesiones de la región occidental, que aparentemente no tienen ninguno en cuanto a deducción por factor especial de agotamiento, y b) concesiones sobre zonas de la región oriental que hubieren podido ser contratadas en las condiciones señaladas por el artículo 13 en armonía con el 21 del Decreto 2140 de 1955, las cuales sí podrían reclamar derechos emanados de tales contratos".

En la sentencia que decidió la demanda, julio 31 de 1965, que se inspira en los mismos criterios ya enunciados en el auto admisorio al decidir la suspensión provisional solicitada, se leen los siguientes apartes:

"Luego se hace en el auto la advertencia, dice el Consejo, de que las anotaciones dichas se refieren concretamente a lo que el decreto 2140 preveía sobre exploraciones y explotaciones en la región occidental del país. Y se observa que dicho decreto no contenía ninguna autorización al Gobierno para hacer adaptaciones de los contratos vigentes sobre petróleos de esa región a las disposiciones del mismo. Es decir, las concesiones que en dicho estatuto transitorio se hacían en cuanto a deducción especial de agotamiento provenían de la voluntad unilateral del Estado, pero no estaba el Gobierno autorizado para readaptar los contratos anteriores al decreto, y obligarlo así como parte contratante a mantener en el futuro esas concesiones.

"Se dijo también en el auto referido, que no debía pasarse por alto la circunstancia de que las concesiones de orden tributario, como todo lo atañadero al impuesto sobre la renta, se va cumpliendo para cada año gravable y es suceptible de ser modificado por el legislador para el año fiscal siguiente, salvo que él mismo haya autorizado celebrar contratos en los cuales deban incorporarse tales concesiones como cláusulas que deben regir dentro de los plazos "pactados".

Mientras no se creen expresamente estas situaciones individuales y concretas con fundamento en la autorización legal que habilita al Gobierno para convenirlas, los contratantes, y entre ellos los concesionarios, se encuentran en materia de tributación, frente a situaciones legales o reglamentarias que el legislador puede cambiar libremente, y ante las cuales las ventajas que puedan derivarse para el contribuyente dependen de la voluntad unilateral del Estado y de la permanencia de la reglamentación. Esta es la situación en que se encuentran los concesionarios de petróleos nacionales, que celebraron sus contratos durante la vigencia del artículo 5o. del decreto 2140 de 1955, decreto que no autorizaba al Gobierno para incorporar en los contratos de exploración y explotación de petróleos nacionales en la región occidental,

cláusula alguna que comprometiera a la Nación a mantener a los concesionarios, por más tiempo del de la vigencia del decreto, la deducción extraordinaria del 15o/o por concepto de agotamiento, en la forma reglamentada por su artículo 5o.

Es doctrina actual del Consejo de Estado, en relación con los estímulos tributarios, la que se lee en sentencias de 20 de marzo de 1970 y de 2 de diciembre de 1971, de que fueron ponentes en su orden, los Magistrados Juan Hernández Sáenz y Miguel Lleras Pizarro; dice el Consejo:

> "Surge de allí una diferencia específica entre las situaciones jurídicas individuales o derechos subjetivos que emanan del derecho privado y las que se deriven de normas de derecho público. Mientras que las primeras deben serle respetadas íntegramente a su titular por todos los demás particulares, por la autoridad y por la ley, que no puede vulnerarla ni desconocerla sino apenas regular su ejercicio, aquellas que nacen del Derecho Público son susceptibles de modificaciones en el futuro y aún de ser extinguidas por obra de la voluntad legislativa, en aras del interés supremo de la colectividad y de sus necesidades inmanentes de progreso y equilibrio social.
>
> "Claro está que en estos eventos, donde el interés general ha de imponerse siempre, la ley no puede operar hacia el pasado ni han de quedar en desamparo los patrimonios particulares que sufran deterioro imprevisto o imprevisible por causa directa de la nueva regulación legal, salvo que se trate apenas de una merma en el rendimiento futuro de esos patrimonios.
>
> "Naturalmente esas características específicas del Derecho Público se acentúan más cuando se trata de la legislación tributaria, cuyas normas buscan regular en concreto la obligación abstracta que tiene toda persona, por el mero hecho de vivir en una sociedad organizada, de contribuír económicamente a la satisfacción de las necesidades colectivas, desde luego que frente a esas normas los derechos del particular se reducen a exigir que las autoridades se las apliquen con justicia y honestidad, sin darles interpretaciones extensivas o por analogía y sin desfigurar la voluntad que expresó el legislador cuando estableció o reglamentó el impuesto respectivo.
>
> "De manera que si para impulsar o estimular una determinada actividad económica, que se considera útil para el desarrollo colectivo, el legislador les concede a quienes la realicen exoneraciones, exenciones u otros beneficios tributarios, la permanencia o desaparición de estas ventajas en el futuro queda subordinada exclusivamente al querer de la ley, sin que la insubsistencia de tales favores pueda equiparse nunca al desconocimiento injusto o arbitrario de derechos adquiridos legítimamente por personas particulares, ya que apenas los antiguos beneficiarios de la dispensa legal vuelven así al régimen propio de los contribuyentes ordinarios.
>
> "No puede pensarse entonces que las providencias gubernamentales que declaren en concreto que algunas personas disfrutan de una exoneración tributaria concedida por la ley sean creadoras realmente de situaciones jurídicas individuales o subjetivas

> y que no sea lícito revocarlas sin el previo consentimiento de las personas a que se refieren, aún en el evento de que la exoneración haya desaparecido por vía general a virtud de nuevo precepto legal, puesto que, aun sin necesidad de tal revocatoria, la exoneración dejó de regir para quienes la gozaban, por causa de la nueva ley. O sea que la derogación oficiosa y expresa de una providencia gubernamental de esa índole por obra de quien la expidió es un acto legítimo, así lo haga de plano, aunque a todas luces resulte superfluo".

3. Si no existía la autorización legal expresa que habilitara al Gobierno para conceder en los contratos, y por todo el término de la concesión, las deducciones especiales o ventajas tributarias del artículo 5o. del decreto 2140 de 1955, la incorporación que se hubiera hecho en los contratos del decreto 2140, considerando sus normas como cláusulas del convenio, tampoco cambia la situación del concesionario frente a los poderes constitucionales del legislador para modificar libremente la reglamentación legal de los impuestos y la manera de liquidarlos.

La ley impositiva, en sí misma, no puede ser objeto de contrato. La administración no tiene competencia para negociar sobre los poderes y prerrogativas constitucionales de los órganos del Estado, que a esto equivaldría, estipular en un contrato, el no cambio de la ley, o la subsistencia de la reglamentación legal derogada o modificada, sobre la de la nueva ley. Las leyes fiscales, como todas las que determinan las relaciones del Estado con los ciudadanos, son de orden público, y de aplicación general e inmediata.

Lo que puede convenir la administración con sus contratantes son aquellas concesiones tributarias, exenciones, deducciones u otras, que la ley expresamente autorice para conceder por vía contractual a las personas que aquella determina.

La legislación tributaria es función privativa del legislador que deriva su fuerza no del consentimiento de los contratantes sino del poder del Estado. La naturaleza jurídica de la ley no puede cambiarle los contratantes. La legislación vigente al momento de contratar define todo cuanto concierne a la existencia, validez y efectos de las obligaciones que se generen en el consentimiento de los contratantes y que éstos legalmente puedan crear: en este aspecto la legislación se considera incorporada al contrato. Pero la incorporación de la ley al contrato no la convierte en cláusulas de éste. La ley, como tal, es diferente del contrato que emana exclusivamente de la voluntad de las partes; la ley sirve para establecer la validez y alcance de las cláusulas propiamente contractuales, pero no se confunde con éstas.

En un caso similar y también en materia de petróleos, dijo la Corte:

> "Se hace, pues, necesario como aconseja el autor antes citado, prestar mucha atención al estudio de la naturaleza de los actos jurídicos, pues existen algunos

"que, en apariencia son actos contractuales pero que en realidad son actos *complejos* que comprenden, al lado de un contrato propiamente dicho, una ley, un reglamento" y en los cuales, si bien es imposible revocar o modificar las estipulaciones concretas, nada impida, desde el punto de vista jurídico, que las situaciones generales e impersonales creadas por la ley o leyes en ellos incorporadas, puedan ser revocadas o modificadas para lo futuro por la vía unilateral del Estado, único facultado para establecerlas. (Subrayas de la Sala).

"Por eso el carácter general de la norma del artículo 38 comentado que manda no solo incorporar en los contratos las leyes civiles reguladoras de las relaciones entre particulares, sino también las de derecho público que reglamentan los actos legales complementarios que rigen los contratos.

"Aplicando los principios anteriores al caso en estudio, se tiene: 1o. Que en ninguna parte del contrato celebrado entre la Nación y la Concesionaria Shell–Cóndor se estipuló entre las partes la cláusula que eximiera a ésta del pago del impuesto sobre el consumo de gasolina y que solamente se entendió que en él "se consideran incorporadas las *leyes* vigentes al tiempo de su celebración, de acuerdo con el artículo 38 de la ley 153 de 1887". 2o. Que si en virtud de la incorporación anterior, el artículo 5o. del Decreto 1305 de 1932 que consagraba la exención del impuesto a favor de las empresas productoras del petróleo quedó incorporado en dicho contrato, esta incorporación no significa que sea ley del mismo en el sentido de crear para las partes una situación particular y concreta, sino en el de someter ese acuerdo a un status legal complementario del creado por las partes en las cláusulas de origen privado. 3o. Que el status legal así producido era esencialmente revocable por el legislador en ejercicio de su poder de imperio. 4o. Que habiendo sido derogado el Decreto Ley 1305 por la ley 50 de 1945, el status legal establecido por aquél desapareció entre las partes. 5o. Que suprimida la exención del impuesto de consumo de gasolina, la Compañía demandante se halla sometida a la situación general e impersonal creada por las leyes fiscales para todos los contribuyentes del impuesto en referencia. (Subrayas de la Sala).

"Que las anteriores situaciones son jurídicas lo demuestra simplemente el hecho de –usando el mismo razonamiento de la Compañía demandante– si en el contrato se consideraron incorporadas todas las leyes vigentes, entre ellas el Decreto ley 1305, también quedaron incorporados los artículos 76 y 80 de la Constitución Nacional en donde se establece que corresponde al Congreso hacer las leyes; que por medio de éstas ejerce, entre otras atribuciones, las de interpretar, reformar y *derogar* las preexistentes; que al mismo Congreso corresponde establecer las rentas nacionales, decretar impuestos extraordinarios y, en fin, que las leyes sobre contribuciones deben tener origen en la Cámara de Representantes. De donde se concluye que si el Decreto aludido debiera ser considerado como ley del contrato, debieran serlo también las mencionadas normas de la Constitución, y que si hubiera de considerarse pactada entre las partes la exención del impuesto, debe considerarse igualmente pactada la facultad para el Estado de derogar dicha exención". (Subrayas de la Sala). (Gacetas Nos. 2171/73, Pág. 583, Tomo 83, Corte Suprema de Justicia – Sala de Negocios Generales octubre 1o. de 1955, Ponente Dr. Manuel Buenahora).

El Profesor Alemán Ernst Forsthoff, al estudiar el contrato administrativo, encuentra un límite a la aplicabilidad de esta figura jurídica en el derecho público, pues, anota, la coordinación de las partes, con eficacia vinculatoria sobre el futuro, que resulta de las estipulaciones en el contrato "se excluye allí donde la ley prescribe un obrar soberano unilateral y también es ilícita allí donde es incompatible con la naturaleza misma de las funciones estatales. Así, por ejemplo, serían nulos bajo cualquier supuesto los contratos, estipulaciones y promesas vinculatorias sobre el uso del poder legislativo". (Tratado de Derecho Administrativo Pág. 378. Edición Instituto de Estudios Políticos de Madrid – 1958).

4. Se anota en la primera parte de este concepto, que en un contrato administrativo puede suceder que las partes tengan en cuenta el régimen de impuestos existente al momento de celebrarse el convenio, para determinar las prestaciones patrimoniales mutuas, y que *así lo consignan en forma expresa e inequívoca, como determinante de las obligaciones que asume el contratante con la administración.* En este caso se explicó, si el régimen tributario varía o se hace más gravoso, la nueva ley se aplica a los contratantes, porque la generalidad de la ley no admite excepciones; pero las partes, tanto el particular como la administración, tendrían derecho a los reajustes o compensaciones correspondientes, para restaurar el equilibrio financiero original del contrato, siempre que se compruebe que éste se ha alterado, más allá de las áleas normales implícitas en toda actividad o negocio.

En el caso particular de la cláusula consultada, el régimen sobre deducciones por agotamiento que señala el artículo 5o. del decreto 2140 de 1955, no aparece como determinante de las obligaciones que asumen las compañías concesionarias, a pesar de que se incorpore como cláusula del contrato; la cláusula transcrita en la consulta, contentiva de tal incorporación, se refiere en general a la legislación de petróleos, al decreto 2140 de 1955 y a las leyes vigentes al momento de celebrarse el contrato, disposiciones que, aunque nada se hubiera estipulado, obligan a los contratantes, lo mismo que sus adiciones o reformas en el futuro. Además en la concesión de petróleos el régimen fiscal vigente al momento de contratar no puede ser determinante de las cargas asumidas por el concesionario que no resultan de la libre estipulación de las partes sino de la ley.

5. En cuanto a la autorización que el artículo 27 de la ley 10 de 1961, citado en la consulta, da al gobierno para "convenir con los concesionarios respectivos la adaptación a las disposiciones de esta ley de los contratos de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional perfeccionados con anterioridad a su vigencia", son pertinentes algunas consideraciones para determinar el alcance de esta disposición.

Se ha explicado que en el contrato de concesión de petróleos existe una parte propiamente contractual y otra parte reglamentaria que corresponde a la organización y funcionamiento de la industria de interés público objeto de concesión para ser explotada, y que además existen leyes que circundan el contrato y definen para el contratante situaciones extracontractuales como son sus obligaciones de contribuyente al tesoro público.

El aspecto contractual propiamente dicho, que no puede ser modificado unilateralmente por los contratantes, lo constituyen en la concesión los factores que determinan las relaciones patrimoniales de los contratantes y que establecen el equilibrio económico del contrato en razón de las prestaciones mutuas, tales como regalías, duración, extensión del área y otras de similar naturaleza que la ley en materia de petróleos expresamente determina y autoriza a la administración para pactarlas contractualmente; se dijo también que algunas ventajas o beneficios en materia impositiva, como pueden ser las deducciones por agotamiento o exenciones especiales podrían llegar a configurar situaciones contractuales, individuales y subjetivas, pero solo cuando la ley expresamente autoriza a la administración para dar a estos beneficios tributarios la categoría de estipulaciones contractuales, es decir cuando exista un poder legal regularmente ejercido.

A estos extremos propiamente contractuales de la concesión se aplica la noción jurídica de los derechos adquiridos y son los que no pueden ser modificados sino por el acuerdo mutuo de las partes. Todo lo demás que rija la concesión o que la afecte, es de tipo reglamentario, y puede variarlo el legislador, en ejercicio de potestades soberanas e inalienables, o la administración, en desarrollo de los mandatos legales.

A los aspectos propiamente contractuales de la concesión de petróleos se refiere el artículo 27 de la ley 10 de 1961, pero no al régimen legal o reglamentario de éstas, al que pertenece el artículo 5o. del decreto 2140 de 1955, que no generó ni podía generar situaciones contractuales.

XIV

CONCLUSION

Por las razones expuestas, considera la Sala que en el caso consultado el Gobierno debe dar aplicación a la ley 10 de 1961 y no al artículo 5o. del decreto 2140 de 1955, que aquélla derogó; la Sala no encuentra razón que lo impida legalmente en la cláusula transcrita en la consulta, cuando figure en contratos de concesión de petróleos de propiedad nacional celebrados por el Gobierno durante la vigencia del artículo 5o. mencionado.

Transcríbase a los señores Ministros de Hacienda y de Minas y Petróleos.

Alberto Hernández Mora – *Mario Latorre Rueda* – *Alberto Aguilera Camacho* – Conjuez – *Luis Carlos Sáchica* – Con salvamento de voto.

Edné Cohén Daza
Secretaria.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA Y LUIS CARLOS SACHICA

Referencia: Radicado No. 561. Consulta de los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Petróleos.

Disentimos de algunos de los conceptos que contiene la anterior ponencia, por las siguientes razones:

No aceptamos la tesis de que sea lo mismo el contrato de concesión de un servicio público, como el de suministro de energía eléctrica, y el de concesión de explotación de petróleo. Puede haber analogías aparentes entre ellos, pero difieren en su objeto y en su régimen jurídico. El suministro de energía eléctrica es un servicio público propio del Estado, es actividad propia de éste y no de los particulares; "éstos –como lo dice Bielsa– solamente por delegación del Estado, es decir por concesión pueden prestar ese servicio" (se refiere al propio Derecho Administrativo, Tomo II, pág. 219). La explotación de petróleo no ha sido entre nosotros una actividad propia del Estado y sí de los particulares.

El servicio público se reglamenta sin tener en consideración si es prestado por el Estado **o** los particulares. No es, pues, difícil separar en un contrato de servicio público propio, lo reglamentario de lo contractual, porque la concesión en este caso presupone dos situaciones jurídicas, una legal o reglamentaria y la otra contractual. La primera, según Hauriou, obedece a dos principios:

> "1. El servicio público no debe ser interrumpido más de lo que sería si el fuera organizado por la Administración pública; 2. El servicio público deberá ser mejorado por nuevas reglamentaciones, al igual que si estuviera organizado por la Administración. En suma, los usuarios (el público) no deben sufrir las consecuencias que *pudieran* derivar del hecho de que el servicio *haya sido concedido:* el servicio debe conservar su flexibilidad institucional. La situación contractual existente entre la Administración pública y el concesionario es esencialmente financiera y destinada a asegurar la remuneración del concesionario sobre bases determinadas que aseguren el juego de un mecanismo compensador". (Bielsa, Tomo II, pág. 22).

De modo que cláusulas reglamentarias son las que organizan el servicio y contractuales las que se refieren a las ventajas financieras del concesionario.

Según esto, solo puede considerarse como contenido del contrato las estipulaciones de índole económico–financiero que reglan la compensación o retribución económica del concesionario. El concedente tiene derecho a imponer modificaciones en lo reglamentario, mas no en la base de la llamada ecuación económica–financiera.

Estos principios no son aplicables al contrato de concesión de petróleo, pues en éste todo está reglamentado. En efecto, se reglamenta en la Ley el período de exploración (art. 8o. Ley 10 de 1960); se señala el cánon superficiario que debe pagar el concesionario (art. 9o. ib.); se fijan las participaciones o regalías que debe pagar (art. 13 ib.); se establecen exenciones de ciertos impuestos (arts. 16, 17 y 62, Código de Petróleos), etc., disposiciones todas que determinan la base de la ecuación económica–financiera y que el Estado no puede modificar en forma unilateral en los contratos de concesión ya celebrados.

No puede desconocerse que los privilegios y exenciones tributarios que la ley concede, no sean ventajas financieras destinadas a asegurar la remuneración del concesionario.

Bielsa al tratar este tema en el contrato de concesión de servicio público, expresa:

> "Por regla general los concesionarios tienen privilegios y exenciones impositivas, en cuanto concierne directa y exclusivamente a la organización y explotación del servicio público. Se trata siempre de un régimen legal que se incorpora al contrato... Cuando se autoriza la exención de impuestos al concesionario no puede decirse que ella afecte la igualdad impositiva ante la ley, porque el concesionario es un "delegado" del Estado concedente; y si se gravara al concesionario con impuestos sobre su actividad o sobre sus bienes necesarios para la explotación del servicio, ello determinaría un aumento de los gastos de explotación, y correlativamente un aumento de las tarifas; no habría ventaja alguna en aplicarle impuestos que se resolverían en aumentos del precio del servicio para los usuarios... Desde luego la renta neta no está afectada al servicio, sino que está en el patrimonio del particular, y por eso, provenga o no de concesión está sujeta al impuesto respectivo. Por otra parte, la exención de impuestos contribuye a dar certeza a las obligaciones y a las cargas del concesionario, ya que por regla general no solo los impuestos aumentan de módulo o tasa, sino que también se crean otros nuevos; habría, pues, incertidumbre en la gestión administrativa de la concesión". (Ob. cit. Tomo II, págs. 228 y 229).

Ahora bien, el Decreto Legislativo 2140 de 1955 se dictó como lo dice en su preámbulo "para estimular las inversiones en la industria del petróleo". Quienes contrataron acogiéndose al tratamiento tributario especial consagrado en este Decreto, transformaron la situación jurídica abstracta, del estatuto, en situación jurídica concreta, nacida bajo su imperio y en virtud

de ese estatuto. La ley nueva debe respetar esas situaciones concretas, pues cuando las partes celebran un contrato se entiende que han tomado en cuenta el contenido de la ley vigente al tiempo de su celebración. Por ello la ley antigüa forma parte del contrato y se aplica, como estipulación implícita, aun cuando llegue a ser derogada por una nueva ley. Esta debe respetar esas situaciones, pues no debe traicionar la confianza que se pone en la ley vigente al contratar, para que las situaciones creadas bajo su protección continúen intactas.

No se debe perder de vista que en el caso consultado no se trata de contratos entre personas privadas, sometidas siempre a la ley, y que no les es dable modificarla. Se trata de contratos que se celebren con el Estado, o sea con el mismo que dicta las leyes, que tiene poder para derogarlas o modificarlas y que, por consiguiente, debe estar más obligado que los mismos particulares a obrar de buena fé y a no modificar unilateralmente las relaciones jurídicas concretas nacidas al amparo de las normas de derecho dictadas por él. Si la ley es la norma de derecho que emana de la voluntad del Estado, su poder de legislar debe ejercerlo éste sin desconocer las situaciones jurídicas concretas creadas, cuando contrata de acuerdo con la norma de derecho emanada de su voluntad.

La ponencia acepta que la derogación de la ley no afecta las situaciones jurídicas autorizadas por ella. Pues, bien, si se contrata con el Estado bajo el amparo de la ley tributaria que establece incentivos para que se contrate, mientras el contrato rija se aplica la ley bajo la cual se contrató. Si se libera al Estado del respeto a esas situaciones, desaparecen la confianza y la buena fé, bases indispensables para contratar, en una palabra, se destruye el contrato.

Lo que se deja dicho se aplica bien sea que se incorpore como cláusula expresa el privilegio o exención tributaria, y se estipule o no que quedan incorporadas en el contrato las normas legales que los consagran de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

No estamos de acuerdo con que pueda acudirse a la teoría del equilibrio financiero, para conceptuar que la Administración sí puede modificar unilateralmente el contrato, indemnizando el perjuicio que sufra el contratista. Entre nosotros, fuera de las normas que señalan las formalidades a que deben sujetarse los contratos administrativos y lo que dispone el Código Contencioso Administrativo sobre cláusula de caducidad, no existe regulación alguna especial sobre ejecución y efectos de tales contratos, de donde es preciso concluír como lo dijo la Corte Suprema de Justicia que "en cuanto a la ejecución y cumplimiento y a las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan –están sujetos– a las disposiciones del Código Civil y que, en consecuencia, los contratos administrativos no pueden modificarse

unilateralmente por una de las partes". (Sala Plena, mayo 9 de 1938 G.J. No. 1935, pág. 492).

Alejandro Domínguez Molina – Luis Carlos Sáchica.

Bogotá, 15 de marzo de 1972.

El anterior salvamento no lo firma el Honorable Consejero Doctor Domínguez Molina por encontrarse enfermo.

CONSULTAS DE GOBIERNO

MINISTERIO DE GOBIERNO

RECLASIFICACION DE EMPLEOS. *Concepto. Sistema de clasificación de empleos vigente.*

RETRIBUCION DE LOS EMPLEOS. *El sistema de remuneración de los empleos Efectos de la reclasificación sobre el sistema de remuneración de los empleos.*

Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Bogotá, D.E., marzo trece de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Luis Carlos Sáchica.

Radicado No. 634

En Oficio No. 0019 del 29 de febrero de 1972, el señor Ministro de Gobierno consulta:

> "El aumento de asignaciones originado por reclasificación, en virtud de reestructuración de la planta de personal de las entidades públicas del orden nacional, conlleva para los beneficiarios la suspensión del disfrute de la prima o primas de antigüedad establecidas por el Decreto Ley 2285 de 1968?
>
> "El Ministerio considera, con base en el concepto de esa H. Sala de fecha 4 de octubre de 1971, que la remuneración alcanzada por los funcionarios y empleados de las entidades mencionadas, al momento de ocurrir el aumento, es un derecho adquirido por los mismos, máxime cuando de prima de antigüedad se trata, por ser éste un beneficio y un estímulo que la ley otorga a aquéllos por su persistencia en el desempeño de una misma labor durante el lapso de dos años, y por la competencia y experiencia que esa permanencia implica".

La absolución de la consulta propuesta a la Sala exige precisar el concepto de "reclasificación de empleos", a fin de determinar los efectos que se derivan de su aplicación y, entre ellos, los relacionados con el sistema de retribución y el derecho a la prima de antigüedad regulada por el Decreto–ley 2285 de 1968, que es la materia que se pide resolver.

1

CONCEPTO DE "RECLASIFICACION DE EMPLEOS"

El sistema de clasificación de empleos vigente está señalado en la parte inicial del Decreto citado. Su artículo 1o. ordena la clasificación de los empleos de

los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias y enuncia como criterios para tal clasificación el análisis de las correspondientes funciones y la determinación consecuente de las calidades exigibles para su ejercicio. Del análisis de la naturaleza del trabajo que se desempeña en los empleos, de la deducción de las aptitudes, capacitación profesional y experiencia requeridos en sus agentes para desarrollarlo y de la agrupación de los cargos que tienen actividades afines, resultan "las clases de empleos".

Los grupos de empleos son tareas globables substancialmente similares y cuyos funcionarios deben tener cualidades iguales, según la definición de "clase" dada en el Artículo 2o. del Decreto 2285, se identifican, por esas razones, con la misma denominación y son remunerados con igual sueldo básico.

La nomenclatura correspondiente a la clasificación adoptada debe ser establecida por la ley, y comprende también las series de clases de empleos, o sea, la gradación resultante entre clases semejantes, por la naturaleza de su función pero distintas por razón de la mayor o menor responsabilidad que apareja su ejercicio y la dificultad y complejidad de sus funciones.

Prevé el parágrafo del artículo tercero del decreto en mención que los empleos sean reclasificados, previsión obvia dada la flexibilidad que debe tener la administración en la gestión de sus servicios. Dicha disposición preceptúa que "cuando las necesidades del servicio exijan la variación substancial y permanente de las funciones de un empleo", será reclasificado mediante decreto.

Se imponen algunas precisiones para fijar mejor el sentido del fenómeno "reclasificación de empleos". Son éstas:

1a. Si, como lo enseña el artículo 2o. del Decreto 2285, "empleo" es el conjunto de funciones asignadas por la Constitución, la ley, el reglamento o autoridad competente para que sean atendidas por una persona natural y, de conformidad con el inciso segundo del artículo 3o. del mismo decreto, las funciones específicas de cada empleo serán señaladas por resoluciones de los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo o Superintendente respectivos, dentro de la ley y la descripción general de funciones contenida en el Manual de Clasificación a que se refiere este artículo, se concluye que la reclasificación es un procedimiento técnico para la adecuación oportuna de la planta de personal de cada entidad a las modalidades y variaciones del servicio a su cargo, mediante la modificación de funciones de los empleos, independiente de la política salarial de esos organismos. O sea, que la reclasificación de empleos es un mecanismo ordinario de reajuste de la planta, en razón de las necesidades del servicio, distinto a la reorganización

total o reestructuración de una entidad. Aunque, es lógico, que toda reclasificación tiene repercusiones en el sistema de retribución de los servicios de los empleados, pues éste está montado con base en la clasificación de los empleos.

2a. En realidad, si nos atenemos al texto que define legalmente la reclasificación nos encontramos que ella es producida por la necesidad de variar fundamentalmente y en forma permanente las funciones de un empleo, lo que no implica un simple cambio de ubicación de un empleo entre las varias clases de una serie o grados de ésta, sino una transformación en la naturaleza de la tarea en que consiste el empleo, o un cambio, sustitución o reemplazo de un empleo por otro enteramente distinto. Cambio que se traduce en concreto ya en la creación de un cargo para atribuírle las funciones de cuyo ejercicio se trata, lo cual solo es posible dentro de la nomenclatura de la ley, suprimiendo o no el anterior empleo, o en la agregación de tales funciones a un empleo existente que, por ser distintas a las que ya tiene asignadas, hacen cambiar la naturaleza del trabajo y, en consecuencia, producen también un cambio en su clase. Con propiedad, solo en este segundo caso se podría hablar de una verdadera reclasificación.

3a. No hay reclasificación por la mera circunstancia del cambio de nombre de un empleo si no se han cambiado substancialmente sus funciones, como tampoco la habría porque no modifique su retribución. La hay tan solo cuando coinciden la variación de funciones que conlleva cambio en la naturaleza del trabajo, y la forzosa variación de las calidades para ejercerlas impuestas por ese cambio. Cambio que no solo debe ser substancial sino permanente, en el sentido de definitivo o indefinido al menos. La asignación ocasional, el encargo transitorio de funciones especiales o distintas a las ordinarias de un empleo no implica por sí solo reclasificación.

4a. En definitiva, la reclasificación es un medio para mejorar el servicio público actualizándolo. Es un instrumento funcional; no un dispositivo para mejorar económicamente a los servidores de la administración sino el servicio. Por esto, no parece acertado utilizarlo para elevar las condiciones salariales en forma general o masiva; su aplicación es singular, parcial, estudiando el caso de cada posición de trabajo y de cada empleo en particular.

II

SISTEMA DE RETRIBUCION DE LOS EMPLEOS

Precisado el concepto de "reclasificación" es necesario conocer el sistema de remuneración de los empleos para determinar los efectos de aquélla en éste.

La segunda parte del Decreto 2285 se ocupa de esta cuestión. La clasificación de los empleos es precisamente su fundamento. Pues la remuneración básica de los empleos depende "del sueldo de ingreso de la categoría a la cual se asigne la respectiva clase", al tenor del Artículo 7o. del Decreto 2285, que reitera lo dicho en el primer inciso del Artículo 4o.

Tal sistema se refleja en la Escala de Remuneraciones adoptada en el Artículo 5o. del estatuto tantas veces citado, acorde con la descripción hecha en el inciso segundo del Artículo 4o.

A propósito del criterio con que fue elaborada esa escala y la forma de su aplicación dijo esta Sala en providencia citada en la consulta de fecha 4 de octubre de 1971:

> "5o. La Escala de Sueldos establecida por el Decreto 2285 de 1968, es una tabla ascendente de remuneración en su desarrollo vertical, de $500.oo a $6.500.oo, divida en 28 categorías.
>
> "..... .....
>
> "6o. La Escala en uno y otro sentido satisface propósitos distintos que no deben confundirse, ni son acumulables.
>
> "En sentido vertical responde a la necesidad de retribuír con sueldo mayor, *empleos* de más categorías o complejidad por sus funciones, responsabilidades, y calidades exigidas para su ejercicio.
>
> "En sentido horizontal, responde a la necesidad de mejorar la asignación no ya de un empleo, sino del *empleado,* que permanezca en el mismo cargo, por el mero transcurso del tiempo. Cuando la ley habla del "mismo cargo", se refiere a empleos que tengan la misma remuneración (Dto. 2285/68– Art. 4o. Inc. 5o.).
>
> "En el sistema salarial vigente, al empleado se le estimula, bien ascendiéndolo a cargo que tenga mayor remuneración básica, o aumentándole el sueldo con primas de antigüedad cuando continúe ejerciendo funciones comprendidas por la misma categoría en la Escala de Remuneración".

Otra conclusión de importancia que se desprende de lo conceptuado por la Sala en la misma consulta es la de que la llamada prima de antigüedad y el aumento por ascenso de la remuneración básica o sueldo de ingreso, no son acumulables al efectuarse la promoción o traslado, sin perjuicio de la remuneración alcanzada anteriormente por el empleado, como se colige de lo dispuesto por el inciso final del Artículo 4o. del Decreto 2285 y el Artículo 4o. del Decreto 3191, también de 1968, que dicen:

> "Cuando el empleado pase de un cargo a otro con sueldo de ingreso diferente, la antigüedad, para los efectos de la prima de que trata el inciso precedente,

comenzará a contarse a partir de la fecha de la toma de posesión del nuevo empleo, con prescindencia del tiempo servido en el cargo anterior".

"**Artículo 4o.** Si al ser promovido o trasladado un empleado a cargo ubicado en diferente categoría cuyo sueldo de ingreso sea inferior al adquirido por motivo de prima de antigüedad, el empleado continuará devengando la remuneración alcanzada y sobre esta se computarán los aumentos por concepto de dicha prima".

A este propósito agregó la Sala:

"Las disposiciones del decreto 3191 de 1968, son igualmente claras en el criterio que orienta la aplicación de la escala salarial, en caso de ascenso a cargo con mayor remuneración básica, y en caso de antigüedad, sin perjuicio de la remuneración alcanzada por el empleado, pero sin que los dos beneficios pecuniarios sean acumulables al efectuarse la promoción:

"..... .....

"Debe, pues, concluírse, que el ascenso a cargo de mayor remuneración básica hace perder la antigüedad, respetando, no obstante, la remuneración alcanzada por el empleado en el cargo anterior, mientras las primas correspondientes al nuevo empleo, hacen que la remuneración total del nuevo empleo supere la del anterior.

"La excepción se explica, porque no sería lógico que por el hecho de ascender a un empleado se le disminuyera su sueldo actual. La ley con un criterio de equidad, respeta la remuneración alcanzada en el puesto anterior, sin perjuicio de la aplicación de las normas salariales que rigen el nuevo empleo".

Además, se considera necesario observar:

El sistema de retribución de los empleos de que se viene hablando está integrado por una remuneración básica que corresponde a la categoría asignada a la clase de empleo de que se trata en la tabla de remuneraciones, que es el llamado "sueldo de ingreso", que se percibe durante los dos primeros años de servicio, complementando a partir del tercer año de servicio con la denominada "prima de antigüedad", que en la tabla vigente es equivalente a la diferencia de sueldo de ingreso existente entre una categoría y la inmediatamente siguiente.

A pesar de que tal remuneración tiene esa modalidad el resultado es homogéneo, en el sentido de que sueldo básico y prima de antigüedad constituyen una unidad —la remuneración total del empleo—, y por tanto no se pueden considerar separadamente ni tienen naturaleza jurídica distinta. Esto es, que una vez obtenido un sueldo, uno de cuyos factores es una prima de antigüedad, ésta se consolida en el sueldo total alcanzado.

En realidad el sistema de retribución de los empleos administrativos no es una caprichosa catalogación de categorías y grados de remuneración. Es una política de salarios en el sector público. Permite para todo empleado el reajuste automático bienal en proporción constante y uniformante de su sueldo básico, tanto para quienes son ascendidos como para quienes simplemente persisten en el servicio, movilidad de salarios que impide su inconveniente congelación ante la variación del costo de vida, con cuyas oscilaciones debe tener relación el aumento salarial.

No sobra tampoco expresar que el criterio de "antigüedad" empleado en el Decreto 2285 es relativo, pues no se refiere a la permanencia en el servicio, sino que se contrae a la duración en un determinado empleo, de modo que para el reconocimiento de una prima por este concepto solo son acumulables períodos de servicios prestados en el mismo cargo. Si hay cambio de empleo, cualquiera que sea la causa de tal cambio, necesariamente se prescinde del tiempo servido, para reiniciar un nuevo cómputo de la antigüedad en el servicio.

Con base en las disposiciones transcritas y en las consideraciones de la Sala, es posible concluír que los aumentos de asignaciones resultantes de la reclasificación de empleos implican que se prescinda del tiempo servido en el cargo anterior para efecto del cálculo de la nueva prima de antigüedad, pero no acarrea la modificación desfavorable de la remuneración alcanzada, dentro de la cual están las primas de antigüedad, obtenidas antes de la promoción.

La primera de tales consecuencias, en virtud de lo dispuesto en el inciso final del Artículo 4o. del Decreto 2285 de 1968, y la segunda al tenor de lo previsto en el Artículo 4o. del Decreto 3191 del mismo año.

En los anteriores términos se absuelve la consulta citada y se dispone comunicarlo así al señor Ministro de Gobierno.

Alberto Hernández Mora — Presidente — *Alejandro Domínguez Molina* — *Mario Latorre Rueda* — *Luis Carlos Sáchica.*

Edné Cohen Daza
Secretaria.

El Honorable Consejero Doctor Alejandro Domínguez Molina no firma la anterior providencia por encontrarse enfermo.

CONSULTAS DEL GOBIERNO

MINISTERIOS DE GOBIERNO Y DE JUSTICIA

FUNCION CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO. Su naturaleza y órbita. (Concepto).

FUNCION CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO. Su naturaleza y órbita. (Salvamento de Voto).

PARIDAD Y COMPOSICION POLITICA DEL CONGRESO, EL EJECUTIVO, LA ADMINISTRACION Y LA JUSTICIA SEGUN LA CONSTITUCION. (Salvamento de Voto).

Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Bogotá, D.E., marzo trece de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Luis Carlos Sáchica.

Radicado No. 581.

El señor Ministro de Justicia remitió la consulta que se incluirá luego, mediante Oficio de 9 de Agosto de 1971, que dice:

"De la manera más atenta, me permito utilizar su elevado y digno conducto para someter a la consideración de esa alta Corporación la proposición No. 34, aprobada por la Honorable Cámara de Representantes en su sesión del día 4 de los corrientes, cuyo texto acompaño a la presente nota.

"Como dicha proposición reza que los ministros de Gobierno y Justicia debemos comparecer ante la Honorable Cámara a responder el cuestionario propuesto, previa consulta de su contenido al Honorable Consejo de Estado, es por lo que, con el debido respeto, solicito sobre el particular el concepto de la Corporación".

El texto de la consulta es el siguiente:

"**Proposición No. 34.** Cítese a los señores Ministros de Gobierno y Justicia, doctores Abelardo Forero Benavides y Miguel Escobar Méndez, para que den respuesta, previa consulta al Consejo de Estado, al cuestionario que enseguida se propone:

"1. Si antes del 7 de agosto de 1978 personas afiliadas a partidos distintos del Conservador y del Liberal pueden ocupar cargos en los Ministerios, las Gobernaciones y las demás posiciones de la Administración que no pertenezcan a la Carrera Administrativa;

"2. Si antes del 7 de agosto de 1978 personas no afiliadas a los partidos conservador y liberal. pueden ocupar cargos en las Contralorías, Personerías, Tesorerías Departamentales y Municipales y en la Contraloría General de la República e Institutos Descentralizados nacionales, departamentales y municipales;

"3. Si el término "Administración" a que se refiere el parágrado del artículo 120 de la Constitución Nacional comprende todos los cargos que no pertenezcan a la Rama Legislativa y Judicial del Poder Público;

"4. Si la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, conforme al texto del inciso 5o. del artículo 136 de la Constitución y al texto del inciso 4o. del artículo 149, son paritarios indefinidamente, o, si por el contrario, su conformación paritaria tiene límite en el tiempo;

"5. Si personas pertenecientes a partidos políticos distintos del conservatismo y del liberalismo, de acuerdo con la Constitución Nacional, pueden ser elegidos dignatarios del Senado y de la Cámara de Representantes en el actual período legislativo, es decir, antes de 1974;

"6. Si de acuerdo a la Constitución Nacional en la Rama Jurisdiccional del Poder Público se pueden nombrar personas afiliadas a partido o partidos distintos del conservatismo y del liberalismo antes del año de 1978;

"7. Si conforme al texto del artículo 173 de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia al integrar los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, el Presidente al nombrar Fiscales de Tribunales, el Procurador al nombrar Fiscales de Juzgados deben darle inmediata aplicación a dicho artículo o, si por el contrario, es preciso esperar a que el Congreso expida la ley que reglamente la manera de hacer la respectiva elección para poder aplicar el mencionado artículo 173, de la Carta;

"8. Si el artículo 173 de la Carta es aplicable a los Jueces Superiores de Circuito Municipales y de Instrucción, Penales, Civiles y Laborales, o si por el contrario, la paridad política rige para estos funcionarios y hasta cuándo.

"Los señores Ministros se harán presentes en la Cámara de Representantes el miércoles siguiente a la semana en que obtengan la respuesta del más alto Tribunal Contencioso Administrativo, debiendo oficiar a esta Corporación inmediatamente les sea entregado el concepto del Consejo, para efectos del día en que atenderán la citación de que trata la presente proposición. Se le dará prelación a éste sobre cualquier otro asunto en la fecha en que se hagan presente los señores Ministros en la Cámara de Representantes".

La mayoría de la Sala ha considerado a propósito de esta consulta, apartándose del proyecto presentado por el Consejero a quien se repartió:

La naturaleza y órbita de la función consultiva atribuída al Consejo de Estado están perfectamente definidas y delimitadas en la Constitución, ord.

1o. del Artículo 141, y precisadas aún más en la Ley 50 de 1967, numeral 2 de la letra b) del Artículo 4o.

Según la primera de tales disposiciones el Consejo de Estado actúa "como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración", y debe ser necesariamente oído en todos los casos en que la Constitución y la Ley así lo ordenen. A renglón seguido, el mismo artículo establece los casos en que el Gobierno debe oír obligatoria y previamente al Consejo, a los que debe agregarse el previsto en el numeral 10 del Artículo 120 de la Constitución, y declara que dichos dictámenes no son obligatorios, con la excepción del regulado en el Artículo 212.

En la Ley 50 citada se prescribe que la Sala "absolverá las consultas jurídicas de orden administrativo y de carácter general que le someta el Gobierno".

Para un entendimiento lógico de estos preceptos puede distinguirse la función consultiva que corresponde al Consejo como totalidad, esto es, a la Corporación en pleno, de la que compete a esta Sala. La primera se ejerce en los casos señalados por la Constitución, que son los de los Artículos 28, 120, numeral 10, 121, 122 y 212, en todos los cuales es para el Gobierno obligatoria la consulta previa, lo que induce a pensar que se trata de la aplicación de un mecanismo de moderación del ejercicio de las facultades gubernamentales respectivas que, además y como es evidente, no son facultades estrictamente administrativas y se refieren a situaciones de suyo extraordinarias.

En cambio, a esta Sala compete solamente el despacho de las consultas facultativas u opcionales del Gobierno sobre problemas, jurídicos de carácter general que se presenten en el giro ordinario de la administración, circunstancias en las cuales esta Sala del Consejo presta una función de asesoría y orientación, con un sentido técnico–jurídico distintos al de moderación y control que tiene cuando actúa el Consejo Pleno y el Gobierno está forzado a oírlo.

El origen histórico del Consejo de Estado como entidad consultiva y la aplicación continuada de esa asesoría, confirman el criterio de la Sala en el sentido de que las consultas que se le someten solo pueden tener origen gubernamental, deben referirse exclusivamente a cuestiones de naturaleza administrativa y de carácter jurídico. Esto es, que la Sala es una entidad asesora del Gobierno; que éste puede consultarla directamente en lo atinente al ejercicio de sus funciones, pero dentro de la órbita de su competencia. Con lo cual se afirma que las consultas, según la definición que de "Gobierno" da al Artículo 57 de la Constitución, solo pueden presentarlas el Presidente de la República, los Ministros y Jefes de los Departamentos Administrativos, en

relación con los asuntos que la ley les atribuye o que el Presidente les haya delegado o repartido.

De otra parte, finalmente, si se tienen en cuenta el origen de la consulta y su contenido, no parece que ella se ajuste al principio constitucional de la separación de funciones, consagrado en el Artículo 55 de la Carta.

Por lo anterior, y no siendo el de la consulta uno de los casos en que el Gobierno está obligado a pedir dictamen ni habiendo tenido aquélla origen espontáneo en el Gobierno, la Sala estima que debe abstenerse de absolver los interrogantes propuestos.

Transcríbase al señor Ministro de Justicia.

Alberto Hernández Mora — Presidente — Con salvamento de voto — *Mario Latorre Rueda* — Con salvamento de voto — *Alejandro Domínguez Molina* — *Luis Carlos Sáchica* — *Jorge de Velasco Alvarez* — Conjuez —.

Edné Cohen Daza
Secretaria.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS

MARIO LATORRE RUEDA Y ALBERTO HERNANDEZ MORA

Bogotá, D.E., Marzo diecisiete de mil novecientos setenta y dos.

Ref.: Radicado No. 581.
Consulta formulada por el señor Ministro de Justicia relacionada con la proposición No. 34 de la Cámara de Representantes de citación a los Ministros de Gobierno y Justicia para que dén respuesta a un cuestionario sobre diferentes temas de la Constitución Nacional.

A principios de noviembre del año pasado el Consejero Mario Latorre como ponente sometió a la consideración de la Sala el proyecto de respuesta a la consulta de la referencia, cuyos temas fueron ampliamente discutidos en sucesivas y repetidas reuniones. Designado Conjuez para dirimir el empate, y no acogido el proyecto por la mayoría, éste se presenta como salvamento de voto del Ponente Latorre y del Consejero Hernández Mora que lo acogió, salvamento en el que se considera que la Sala es competente para conocer esta consulta y, por lo tanto, se formulan las respuestas que deben darse a las preguntas formuladas.

La Consulta dice:

> "De la manera más atenta, me permito utilizar su elevado y digno conducto para someter a la consideración de esa alta Corporación la proposición No. 34, aprobada por la Honorable Cámara de Representantes en su sesión del día 4 de los corrientes, cuyo texto acompaño a la presente nota.
>
> Como dicha proposición reza que los Ministros de Gobierno y Justicia debemos comparecer ante la Honorable Cámara a responder el cuestionario propuesto, previa consulta de su contenido al Honorable Consejo de Estado, es por lo que, con el debido respeto, solicito sobre el particular el concepto de la Corporación.
>
> Hago propicia la oportunidad para suscribirme del señor Presidente, atento y seguro servidor",

Y se acompañó

> "Me es grato transcribirle a usted la siguiente Proposición aprobada por la Honorable Cámara de Representantes, en su sesión del día de ayer:
>
> "**Proposición No. 34**. Cítase a los señores Ministros de Gobierno y Justicia, doctores Abelardo Forero Benavides y Miguel Escobar Méndez, para que den respuesta, previa consulta al Consejo de Estado, al cuestionario que enseguida se propone:
>
> 1. Si antes del 7 de agosto de 1978 personas afiliadas a partidos distintos del Conservador y del Liberal pueden ocupar cargos en los Ministerios, las

Gobernaciones y las demás posiciones de la administración que no pertenezcan a la carrera Administrativa;

2. Si antes del 7 de agosto de 1978 personas no afiliadas a los partidos Conservador y Liberal pueden ocupar cargos en las Contralorías, Personerías, Tesorerías Departamentales y Municipales y en la Contraloría General de la República e Institutos Descentralizados nacionales, departamentales y municipales;

3. Si el término "Administración" a que se refiere el parágrafo del artículo 120 de la Constitución Nacional comprende todos los cargos que no pertenezcan a la Rama Legislativa y Judicial del Poder Público;

4. Si la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, conforme al texto del inciso 4o. del artículo 149, son paritarios indefinidamente, o, si por el contrario, su conformación paritaria tiene límite en el tiempo;

5. Si personas pertenecientes a partidos distintos del conservatismo y del liberalismo, de acuerdo con la Constitución Nacional, pueden ser elegidos dignatarios del Senado y de la Cámara de Representantes en el actual período legislativo, es decir, antes de 1974;

6. Si de acuerdo a la Constitución Nacional en la Rama Jurisdiccional del Poder Público se pueden nombrar personas afiliadas a partido o partidos distintos del conservatismo y del liberalismo antes del año de 1978;

7. Si conforme al texto del artículo 173 de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia al integrar los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, el Presidente al nombrar Fiscales de Tribunales, el Procurador al nombrar Fiscales de Juzgados deben darle inmediata aplicación a dicho artículo o, si por el contrario, es preciso esperar a que el Congreso expida la Ley que reglamente la manera de hacer la respectiva elección para poder aplicar el mencionado artículo 173 de la Carta;

8. Si el artículo 173 de la Carta es aplicable a los Jueces Superiores de Circuito Municipales y de Instrucción, Penales, Civiles y Laborales, o si por el contrario, la paridad política rige para estos funcionarios y hasta cuándo.

Los señores Ministros se harán presentes en la Cámara de Representantes el miércoles siguiente a la semana en que obtenga la respuesta del más alto Tribunal Contencioso Administrativo, debiendo oficiar a esa Corporación inmediatamente les sea entregado el concepto del Consejo, para efectos del día en que atenderán la citación de que trata la presente proposición. Se le dará prelación a éste sobre cualquiera otro asunto en que se hagan presentes los señores Ministros en la Cámara de Representantes".

Presentada por los Honorables Representantes *Rodrigo Velasco Arboleda, Roberto Gerlein Echeverría* y *Diego Tovar Concha.*

Con sentimientos de alta consideración y aprecio me suscribo del señor Ministro atento y seguro servidor,

Eusebio Cabrales Pineda
Secretario General.
Cámara de Representantes

Dada la amplitud y variedad de los temas propuestos en la consulta se impone, para considerarlos y buscar resolverlos, volver sobre cuestiones que han sido muchas veces tratadas u ocuparse de otras en cambio, como la Reforma Constitucional de 1968, sobre las que se ha escrito relativamente poco, y para hacerlo ir a diversas fuentes y opiniones; además, por el carácter mismo de esos temas, es preciso muchas veces hacer referencia a principios generales de los cuales las disposiciones constitucionales son su expresión.

Es evidente también que muchas de estas cuestiones, si no todas, por estar íntimamente relacionadas con nuestra historia y evolución política, y la más reciente, han sido arduamente controvertidas y objeto de polémica; pero debe ser evidente también que al tener que tratarlas, lo que es imprescindible, y al hacerlo referirse a hechos y personas que intervinieron y a sus opiniones, no se adopta una posición ni se traen a cuento citas para tomar parte en la polémica, ni se considera siquiera, por no ser del caso, si esas opiniones son el reflejo o corresponden a la situación real a la que hacen referencia.

La consulta se ha considerado en los siguientes apartes:

1. El Consejo de Estado y su función consultiva.
2. Las instituciones de 1957.
3. De la Constitución de 1886 a 1947.
4. Nuevas relaciones entre los partidos.
5. Gobierno y Oposición.
6. La Nación y la Opinión y los Partidos Políticos.
7. Gobierno de Colaboración.
8. Las fórmulas jurídicas del Plebiscito.
9. La Administración Pública y el Plebiscito.
10. El Poder Ejecutivo, el Gobierno y la Administración Pública.
11. El Poder Judicial y el Plebiscito.
12. La Reforma Constitucional de 1968. Su Origen.
13. Una Reforma por los Procedimientos Constitucionales.

14. Los hechos políticos y la Reforma de 1968.

15. La Reforma en el Congreso.

16. El carácter de la Reforma de 1968.

17. Los Concejos Municipales, las Asambleas Departamentales y la Reforma de 1968.

18. El Senado, la Cámara de Representantes y la Reforma de 1968.

19. La Corte Suprema, el Consejo de Estado y la Reforma de 1968.

20. El sistema Presidencial y la Reforma de 1968.

21. El Artículo 120 de la Constitución y la Reforma de 1968.

22. Unidad de Gobierno y Coherencia de la Administración.

23. Recapitulación.

24. El cuestionario de la Honorable Cámara de Representantes.

1. El Consejo de Estado y su función consultiva.

Inclusive es necesario comenzar –por tratarse de una citación de Ministros ante una de las Cámaras– por referirse a la competencia del Consejo de Estado para tratar este asunto.

Entre las funciones que da la Constitución al Consejo de Estado está la de actuar como cuerpo consultivo del Gobierno. Determinan también la Constitución y la Ley cuándo ese cuerpo debe ser oído y cómo se cumplirán esas funciones (1).

Quienes se han ocupado de estas materias han señalado que estas atribuciones aparecen en Colombia con el Consejo mismo, y que uno y otras se remontan a los primeros días de la República y a la penosa y magnífica elaboración de sus instituciones. Se recuerda, así, que correspondió a Bolívar la creación de un "Consejo Provisional de Estado" para que ante esa asamblea fueran "propuestas, discutidas y acordadas (. . .) las providencias importantes, las leyes, reglamentos e instrucciones" (2).

Que más tarde, al continuar la historia, en 1828 el mismo Bolívar reglamentó el Consejo, creación y funciones que al decir de un comentarísta se

compendiaban en "confiar a un alto cuerpo consultivo la misión de regularizar al ejercicio del mando y de contribuír con su autoridad y con su opinión a la buena marcha de los negocios del Estado" (3).

Se agrega que luego, en la Constitución de 1830, se estableció que el Consejo diera su dictámen "en todos los negocios graves y medidas generales de la administración pública, y en todos los casos que lo exija el Jefe del Ejecutivo", y que en ella se prescribió que para el ejercicio de importantes atribuciones ese mismo Jefe de Estado tuviera que proceder con la audiencia o aún que el Consejo hubiera manifestado su previo acuerdo (4).

Al continuar el recuento, encuentran que si la Constitución de 1832 cambió el origen de los Consejeros, al determinar que serían designados por el Congreso, conservó la esencia de las funciones que el Consejo tenía y reafirmó su carácter de entidad consultiva al prescribir que los Ministros tenían derecho a asistir y a tomar parte en las discusiones, sin voto, debiendo concurrir a las deliberaciones siempre que fueran llamados por el Consejo. Además, un artículo de esa Constitución dispuso ya que en casos de grave peligro por conmoción interior o ataque exterior, y para gozar de más amplias facultades, debía el Poder Ejecutivo recurrir al Congreso o en su receso al Consejo para que se las concedieran, pudiendo serle otorgadas en todo o en parte o con las restricciones que se estimaran convenientes (5).

Si las sucesivas Constituciones no establecieron el Consejo, el Acuerdo sobre Reforma Constitucional de 1885 sí prescribió en sus Bases que se "establecerá una alta corporación denominada Consejo Nacional o Consejo de Estado, con funciones principalmente de cuerpo consultor", y en la Constitución de 1886 así se hizo, dándole, entre sus atribuciones, la de "Actuar como Cuerpo Supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración (. . .)" y la de "Decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso administrativas, si la Ley estableciere esta jurisdicción (. . .)". Fijaba también esa Constitución aquellos casos en que el Consejo debía ser oído y cómo debía integrarse (6).

Si luego el Acto Legislativo 10 de 1905 suprimió el Consejo —y es fácil entender la razón—, correspondió a otro Acto Legislativo de 1914 restablecerlo, dándole las características que ya había adquirido en el 36 y que aún hoy lo definen, y a las leyes contribuír a configurarlo en su estructura y funciones.

El recuento esquemático y escolar de las sucesivas Constituciones no se ha hecho por fácil erudición sino por ser útil para precisar la función del Consejo. Es hoy, y es una función esencial, Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. Ese es un aspecto del cual no hay para que

ocuparse en este caso. Otro es el de ser oído, para sintetizarlo así, por el Gobierno. Ambos, si se quiere, complementarios, propios de la naturaleza de este organismo; pero uno, el de ser oído, unido en Colombia, y para Colombia, al origen mismo del Consejo, desde el nacimiento de una Nación que se busca como tal y tiene que hacerlo, como se ha dicho, escribiendo sus propias leyes aún entre el ruído de las armas. El Consejo es así, desde ese mismo origen, como muchos otros de los organismos del Estado, dentro de la aparente confusa y contradictoria disposición de los mecanismos políticos, una parte del Estado para limitar, regular y encauzar al mismo Estado.

Al disponer la Ley que el Gobierno, para ejercer en determinados casos sus atribuciones de Poder, debe presentarse ante una institución, y que sólo puede actuar después de oír el concepto que le dé, limitó al Poder al limitar al Gobierno. Se prescribió al Gobierno que debe informar, exponer los hechos y las circunstancias; se le dió al Consejo la atribución de examinar el informe que se le presente, la facultad y la exigencia de pesar esos hechos y esas circunstancias y dictaminar así, con esa base, y midiéndolos y sujetándolos a los preceptos jurídicos, si tiene o no fundamento para actuar el Gobierno como se lo propone.

Esa limitación al poder no es vana ni irrisoria porque el dictamen no sea obligatorio. Al contrario, es de la esencia de un sistema político. Al Gobierno le corresponde presentar los hechos, buscar justificarlos. Obligatoriamente, en la teoría clásica, solo pueden someterlo los otros Poderes por la Ley o la sentencia o excepcionalmente. Así procede el Consejo cuando actúa como Tribunal Supremo de lo Contencioso—Administrativo o lo hace en receso de las Cámaras. Por la naturaleza de las instituciones no lo hace cuando emite concepto. Si así no fuera, si su dictamen se impusiera siempre, sería ineludiblemente Gobierno, porque en eso, en la atribución y responsabilidad de decidir, consiste ser Gobierno.

Sin embargo, independiente del Gobierno, no es el Consejo un organismo por su esencia enfrentado al Gobierno y ni siquiera extraño al Gobierno y a la función de Gobierno. Aún puede decirse con fundamento, recordando lo que se ha dicho de la paradójica y aparente contradicción de las instituciones, que es, en uno de sus aspectos, parte del Gobierno. Cuando el Gobierno recurre al Consejo en busca de un concepto, el Consejo y su Sala de Consulta, entran en la órbita del Gobierno.

Si la culminación de la función de gobernar reside en la potestad de decidir, antes, como toda acción, la precede un proceso que en el caso del Gobierno, esquemáticamente, debe ser de reflexión y preparación para que esa determinación no sea aventurada, improvisada o aún arbitraria. Pero el Gobierno no se limita y concreta sólo en la decisión, entendida esa expresión

en un sentido estrechamente restrictivo. El Gobierno en Colombia, como en todas partes, se ejerce al asumir determinada actuación, al expresar un criterio, al emitir una opinión o aún al callar. El Gobierno es colegislador y los Ministros son órganos de comunicación del Gobierno con las Cámaras. Al presentar un proyecto de Ley, al abocar un problema, al asumir espontáneamente una actitud o ser citado para que exprese una opinión ante las Cámaras, está actuando obviamente como Gobierno, es Gobierno.

El Consejo es por prescripción constitucional órgano de consulta del Gobierno. Por lo tanto, el Gobierno puede recurrir al Consejo en uno de estos casos y el Consejo, por medio de la Sala de Consulta, dar su concepto. Es, si eso se quiere, un auxiliar del Gobierno. Pero un auxiliar independiente en su juicio y su dictámen, eso sí.

La Sala, por su carácter mismo, debe referir su dictámen al marco jurídico que debe regular la acción del Gobierno. Pero esa preocupación primordialmente jurídica no limita las facultades del Consejo ni de su Sala. De una parte, es difícil sino imposible encontrar una actuación de Gobierno que, en un Estado de derecho, esté por fuera de lo Jurídico y, de otra, nada impide, si así se estima, que se señale lo apropiado o conveniente.

Tampoco debe interpretarse como una limitación a las funciones de la Sala el que las Consultas y sus respuestas deban quedar circunscritas al orden administrativo, para excluir de su órbita materias de otro orden. Separar por ejemplo, si de eso se trata, lo político de lo administrativo, el Gobierno cuando Gobierna y el Gobierno cuando administra puede ser distinción, y aún difícil, del libro o la lección, conveniencia y hasta artificio de una necesidad didáctica, pero en la realidad cuestiones que no están separadas por bordes netos e infranqueables y actividades que, por decirlo así, se diluyen la una en la otra, hasta confundirse. En esta cuestión debe primar el concepto de Gobierno, de la unidad del Gobierno.

Que así es, que no puede dársele en este caso a lo administrativo un sentido restringido, lo establece la misma Constitución. La Constitución en su artículo 141 comienza por determinar que el Consejo es cuerpo supremo consultivo del Gobierno "en asuntos de administración" y luego, inmediatamente, prescribe que el Consejo debe ser oído en los casos de los artículos 28, 121, 122 y 212; y es evidente que el estado de sitio, para no citar sino ese caso, es asunto, y en que forma, que supera lo limitada y restringidamente administrativo: es, nada menos, que la guerra exterior o la conmoción interior, y el ejercicio por el Gobierno, además de las facultades legales, de las que la misma Constitución autoriza para la guerra y, aún, de las que según las reglas aceptadas, rigen para la guerra entre naciones.

Cierto también que el Consejo en algunas oportunidades consideró que no era el caso de dar su dictámen aunque se le había pedido por el Gobierno. Pero esa posición tenía fundamento antes, cuando podían ser las mismas personas las que eran llamadas a conceptuar previamente y podrían luego verse abocadas como jueces a decidir sobre el mismo asunto. Hoy, creada la Sala de Consulta, sin ninguna función jurisdiccional, desaparece ese obstáculo y se abren amplias perspectivas sin que sea indicado cerrarlas mutilándola en sus atribuciones, con perjuicio del Gobierno al que se le restaría, por lo menos, una fuente de opinión, y a la Sala misma que, precavida o demasiado estricta, se encerraría en el solo examen y exégesis de textos y trámites restringidamente administrativos.

Cabe también anotar, repitiendo, que el Consejo es cuerpo consultivo del Gobierno, y que por tal hay que entender, según la Constitución, el Presidente de la República y los Ministros del Despacho o los Jefes de los Departamentos Administrativos. En la consulta, expresa y limitadamente, la relación y la comunicación es entre el Gobierno y el Consejo. Y un concepto se da al Gobierno, es para el Gobierno, y el Gobierno puede tenerlo en cuenta o desecharlo, y puede, si así lo estima conveniente, darle un carácter reservado.

Para terminar este punto se puede concluír que, por corresponder a las instituciones y a lo preceptuado en la Constitución y la Ley, puede la Sala, por haber sido pedido por el Gobierno, expresar su criterio en relación a los temas planteados en una citación de los Ministros a una de las Cámaras.

2. Las Instituciones de 1957.

Para tratar las instituciones que se crearon en 1957, porque hasta allá es preciso remontarse, es necesario comenzar, brevemente, por repetir unas simples y conocidas nociones que volvieron a ser consideradas por ésta época en Colombia.

Según esas aceptadas nociones, una Constitución se reforma o se establece por una autoridad investida de una facultad excepcional: el Poder Constituyente. Cuando ese Poder –en su origen, en su estructura, en sus atribuciones– procede de la Constitución vigente, de la que emana esencialmente su competencia, actúa como un poder constituyente instituído. Siguiendo las formalidades que esa Constitución Vigente le prescribe, reforma esa misma Constitución, o, aún, cambia esa constitución por otra o le hace modificaciones esenciales (1). En este caso el órden jurídico entre una y otra etapa no ha dejado de existir, se ha mantenido; entre las dos no hay, en resumen, solución de continuidad. Así, simplificando más, para los reformadores la Constitución anterior estaba en

vigencia, y tanto las autoridades existentes como todos los mecanismos del Estado eran aceptados por ser legítimos, de derecho.

Otra cosa es cuando se considera que la Constitución no existe o ha dejado de regir, cuando se estima que, en síntesis, no hay un órden jurídico basado en la Constitución, y se está no necesariamente ante el desorden sino ante un órden de hecho. Si quienes eso consideran y eso sostienen obtienen el predominio, establecen, así lo muestra la historia, un órden jurídico que sustituye y reemplaza al de hecho o jurídico anterior, uno nuevo, distinto, propio en el sentido de que institucionaliza las concepciones o doctrinas o ideología de los que han predominado, que las incorpora a las instituciones que se crean.

En este caso, la Constitución que se establece procede de un Poder Constituyente originario o primario. Ni en su origen, ni en su conformación, ni en sus atribuciones, ni en las formas que adopta procede de la Constitución anterior ni en nada está regido por ella. Simplemente porque esa Constitución no existía o se rechaza y ha sido abolida.

Así, el título de las nuevas autoridades adquiere su legalidad, más, todo el poder, y con él la estructura del Estado, si es el caso, de esa creación institucional.

En estas circunstancias se está, llámesele y reconózcasele así o no, ante uno de los aspectos del fenómeno revolucionario, con esa u otra acepción. Es un hecho político. Y el Poder Constituyente que de él proviene, como su nombre lo indica, es primario, nada lo sujeta ni lo somete. Se podría decir, es cierto, que está condicionado por las fuerzas y por los principios que estas profesan o dicen profesar y de las cuales proviene su autoridad; pero en la realidad, políticamente, es en verdad parte de esas fuerzas y acoge sus principios. Al establecer una Constitución no hace sino darle forma y desarrollo jurídico a esos principios que, a más de incorporados en la letra de los preceptos, imprimen a toda su obra constitucional el espíritu u orientación que lo animan.

Por eso el intérprete, si ese es el caso, no puede limitarse al examen de un precepto aislado, a su exégesis; al considerarlo tiene que incorporarlo, para su exacta comprensión, a toda la creación institucional y ambos, conjuntamente, apreciarlos según el criterio o los principios de que son expresión.

Teóricamente por eso el Plebiscito de 1957 que se presentó, se conoce y se trata como una enmienda a la Constitución, no lo es. Es más que una reforma en sentido formal.

Por qué? Porque no existía un ordenamiento constitucional vigente en su integridad y se estaba ante un gobierno de hecho, como se expresó en los pactos políticos que dieron origen al Plebiscito. Así se habló en ellos refiriéndose a la situación que existía entonces de "ruptura del orden constitucional", de la necesidad de "restablecer el imperio de la Constitución", de buscar que "rija la plenitud de la Constitución", de "la Constitución hoy de hecho abolida". Es cierto que se propone una "enmienda" a la Constitución, pero a más de ser frecuentes y repetidas expresiones como las que se han transcrito, en uno de esos acuerdos, con inequívoca claridad, se plantea "la necesidad de volver a crear la República" (2). Y en la exposición de Motivos al proyecto de Plebiscito se lee que se busca "restablecer las instituciones abolidas", "hacer regresar la Nación a las instituciones" (3).

Con ese presupuesto y en los acuerdos y el proceso político de entonces, el poder y las autoridades no tenían fundamento constitucional y luego, después del 10 de mayo, necesariamente tampoco el Gobierno que se había establecido, la Junta Militar, y era ese un Gobierno de facto (4). Las otras cabezas del Poder, para usar esa expresión cómoda, quedaban exactamente en la misma situación. Basta recordar que para disolver la Asamblea Nacional Constituyente, esa fue la argumentación y esos fueron los fundamentos (5).

Fué también en virtud de esos fundamentos que pudo escogerse el procedimiento del Plebiscito que no estaba previsto en la Constitución, que en la forma que se adoptó no tenía antecedentes en Colombia, y que era, dentro de ese proceso, un instrumento para crear un órden jurídico nuevo y pasar de un gobierno de hecho a la Constitución. Así se consideró políticamente, y jurídicamente así se definió o se ha considerado posteriormente (6).

Y ese poder, para sintetizarlo así, de que proviene el Plebiscito de 1957 y se expresa en él, es un Poder Constituyente primario, libre, nada lo limita, incondicionado según la terminología usual. Como tal establece una Constitución, Constitución que obedece a determinados principios, expresos o tácitos, que son llevados a las normas, unas de carácter permanente, en el sentido que perduran hasta cuando está vigente el estatuto que se ha creado, y otras solamente transitorias. Por lo tanto, como en toda Constitución y en síntesis, al estudiarla hay que considerar en primer término los principios y luego, si, las normas permanentes y transitorias que la integran.

3. De la Constitución de 1886 a 1947.

Precediendo inmediatamente los artículos del Plebiscito se lee que la Constitución Política de Colombia es la de 1886 con las reformas de carácter permanente que fueron introducidas hasta el Acto Legislativo 1 de 1947 (1).

¿Se podría decir, entonces, que este párrafo contradice lo que se ha venido afirmando del carácter incondicionado del Poder Constituyente? Esa contradicción, si existe, es meramente aparente y lejos de ser tal reafirma lo que se ha dicho. Ese Constituyente, sin nada que lo limitara, bien hubiera podido redactar una nueva Constitución, con todo su articulado. No procedió así por los hechos, por las circunstancias políticas imperantes, y que eran, eso sí, las que lo limitaban o las que expresaba. Partía de un pacto entre las fuerzas políticas que estaban de acuerdo sobre la regulación del Estado, que encontraban compendiadas, y así lo aceptaban, en las fórmulas de la Constitución de 1886 con sus reformas hasta 1947. Lo que se hizo, siguiendo el vocabulario que en ese entonces se usó, fue restaurar, restablecer. Ahora bien: al hacerlo no acogió un texto simplemente, un texto que existiera únicamente en los artículos y las palabras; lo acogió en lo que es una Constitución que ha tenido vigencia, que es, como se dice con esas u otras palabras, un cuerpo vivo, una institución que tiene un origen histórico, que ha sufrido y ha pasado por un proceso histórico, con unos principios que guiaron su creación; con sus vicisitudes, modificaciones e interpretaciones; principios que se reflejan en los preceptos escritos que la integran, y que, en líneas generales, determinan la estructura del Estado.

Así, para considerar la Constitución del 86 —y como un todo la ordenación constitucional que va de 1886 a 1947—, para la correcta comprensión de sus normas, hay que comenzar por los principios en que se fundamenta. Y esto si que es evidente en la Constitución del 86. Hay en ella incorporados unos principios, una concepción, una doctrina del Estado; más, de la sociedad y el individuo; más aún, toda una filosofía. Si eso se dice de la Constitución del 86, lo mismo, en otro sentido, puede decirse de las reformas del año 10, del 36, del 45.

Entre esos principios, para mencionar algunos, están la soberanía nacional, los derechos y garantías individuales, la división de poderes, el origen popular del poder, el sistema representativo, la intervención del Estado.

Y si ese conjunto constitucional tiene aspectos, expresiones que son contingentes, variables, tiene en cambio esos principios que son inmodificables, intangibles —que concretan una larga experiencia histórica— porque desconocerlos o modificarlos, y en este sentido se dice que son intangibles, es romper y desvirtuar la estructura íntima, esencial de todo el sistema. Por eso el Plebiscito, para concretar, al acoger la Constitución del 86 con sus modificaciones, acogió no solo las normas escritas sino los principios que la inspiran.

Se dirá, entonces que subsiste una contradicción al afirmar, de una parte, que el Plebiscito tiene principios, unas normas permanentes y otras transitorias,

que estuvieron o están vigentes, y que, de otra parte al mismo tiempo está vigente la Constitución del 86 y sus reformas, con sus principios y sus normas. Más aún, que no se podrá sostener, como se hará, que el Plebiscito deroga parte de las normas que en general incorporó y continúan escritas en la compilación constitucional. Fuera de que para el intérprete esa situación de dos normas vigentes y contradictorias no puede existir, el Plebiscito con la Constitución del 86 y sus reformas, no constituyen dos partes distintas y separadas, sino que ambas son también un todo, están fundidas, no solo política sino jurídicamente también, siguen la misma orientación y son expresión de la misma estructura propia de un caracterizado régimen

político, que tiene por principios los que son comunes y esenciales en las llamadas democracias políticas. Y esos principios bien conocidos, incorporados ya en la Constitución del 86 muchos de ellos, que han ido trabajosa y difícilmente, lentamente elaborándose, no fueron derogados en el Plebiscito. Todo lo contrario, aunque haya que insistir. Fueron reafirmados expresamente por las condiciones de hecho, para que no hubiera duda si se quiere. Eso y no otra cosa hace el Plebiscito cuando formula:

> "La Constitución Política de Colombia es la de 1886, con las reformas de carácter permanente, introducidas hasta el Acto Legislativo número 1 de 1947 inclusive (...)".

No puede haber palabra más clara, más expresa que la utilizada en la Constitución: es, esa es la Constitución.

Luego, después de esa determinación, vienen las modificaciones.

Cierto, se requiere establecer una conciliación entre esos principios y esas normas y entre ellas mismas; pero esa es una dificultad con la que se tropieza en toda Constitución, y al hacer esa conciliación, por ser diversos los tiempos ver variar interpretación y criterios, como tantas veces se ha observado al tener que confrontar el rápido y cambiante curso de la historia con la permanencia de la letra de los textos.

4. **Nuevas relaciones entre los partidos.**

En el proceso que le dió origen y luego en el Plebiscito, así presentaron y justificaron los hechos entonces, se estableció una nueva relación entre los partidos colombianos, el conservador y el liberal. Antes, para continuar con esa presentación, en largos años que se confunden casi con lo que tiene de historia el país esos dos partidos, fuera de escasos intervalos de frágil colaboración, se habían disputado el predominio en la guerra y con las armas muchas veces, otras con menos rudeza y violencia si acaso, pero casi nunca

sin dejar de considerarse como dos fuerzas hostiles, frente a frente, con la única relación que cabe entre arrogantes vencedores y despojados vencidos.

Con el Plebiscito, se afirmó, esa relación variaba: los dos partidos cambiaban su trato, se colocaban en un pie de igualdad no para continuar la lucha, sino para suspender transitoriamente su disputa por el Poder y entrar a participar en el Estado y el manejo del Estado, sin que ninguno, en ese interregno, pudiera imponer el predominio sobre el otro.

Ese acuerdo es el principio cardinal del nuevo sistema. De ese principio provienen, entre otras normas, la que establece para el Presidente de la República la obligación de que el Ejecutivo se constituya paritariamente, la que fija que en las corporaciones públicas los puestos se adjudiquen por mitad entre los partidos tradicionales, la que determina que la mayoría en esas mismas corporaciones es la de los dos tercios de los votos.

Esas disposiciones que se concretan en la mecánica de la paridad en el Ejecutivo y en las corporaciones cuyos puestos se adjudican por mitad entre los dos partidos con su mayoría calificada para las decisiones tenían, se insiste, un carácter transitorio, hasta 1968 (1). Durante ese período, por acuerdo de los partidos que se elevaba a cánon constitucional, se abría entre ellos un paréntesis, una tregua en la lucha por el poder.

Pero no se buscó ni se pretendió que después, definitivamente, desapareciera la disputa por el Poder. Al contrario. A más de que no se negó ni podía negarse la evidencia de que esa aspiración de los partidos al Poder es de la esencia de la política y de los partidos, lo que precisamente se planteó desde los orígenes de ese movimiento fué el reconocimiento de los partidos, de su legitimidad, de su función. Lo que se pretendía, exactamente, era un regreso a la política.

Se imponía, sí, que esos partidos, durante el intervalo y al reiniciarse luego su enfrentamiento, durante la tregua y después de ella, que el poder y su ejercicio, y la oposición, correlativamente, se hicieran sobre otras bases y con distintas características de las que habían sido propias de un pasado que no estaba ni remoto ni olvidado. A la azaroza pugna y a la tremenda contienda, a la que había sido lucha cruenta e inclemente, debía sustituírse la confrontación de las ideas, la controversia cívica, en la que el ejercicio de la política no implica peligros y despojos, sino que al contrario es un derecho respetado y, si es obstaculizado, es garantizado y protegido.

En ese nuevo clima, y con él lograda la facultad de determinación política, se debía llegar como resultado a establecer gobiernos en los que no se instaurara para un partido la opresión y para otro un desmedido usufructo de ventajas,

que no fuera para uno el desastre de la derrota y para otro el ilimitado goce de todo el poder, que no se constituyeran gobiernos de monopolio y exclusivismo (2), y con palabra que tenía un uso y un significado inequívoco en el vocabulario político colombiano, que no se volviera a hacer del gobierno una hegemonía (3).

Más aún: se prescribía que no sólo transitoriamente sino que aún después si por decisión de la opinión podía corresponderle a un partido la dirección del gobierno, los gobiernos que se establecieran, por requerirse que se constituyeran en coalición amplia, con representación de los partidos, tendrían que adquirir la conformación de gobiernos nacionales, en los que todos los ciudadanos tienen aptitud para intervenir en el manejo del Estado.

5. Gobierno y Oposición.

Ese pacto de los partidos se llevó a la Constitución. Eso tiene de excepcional: el que se hubiera institucionalizado. Pero este recurso, que se explica por las relaciones que habían mantenido los dos partidos durante las cuales habían establecido y roto coaliciones sucesivas con su secuela de recriminaciones y desconfianzas le da, precisamente por haberse llevado a la Constitución —a la Constitución que es cuerpo de normas abstractas y generales, que es un estatuto para toda la Nación y que, siendo más, determina como se establece, se transmite y se ejerce el poder y lo regula— le da, se repite, un significado más vasto y más profundo.

La historia de los partidos tradicionales colombianos, liberal y conservador, con sus años y vicisitudes, es solo episodio y parte de otra historia, la de los partidos políticos; y éstos también, a su turno, episodios de un proceso secular: el de las relaciones entre Gobierno y Oposición. Ha sido la búsqueda de ese difícil y esencial equilibrio entre las prerrogativas y limitaciones del Poder y las prerrogativas y limitaciones de la Oposición; de la participación y, cómo se participa en la dirección de la propia ciudad; más profundamente, de la facultad de expresarse y disentir en política, y más allá de la política, de todo el problema de la tolerancia.

No han sido ajenas estas preocupaciones abstractas a las concretas de la política colombiana. En épocas distintas los partidos, el conservador y el liberal, han sido Gobierno y Oposición: sucesivamente, como Gobierno, han manifestado buscar el entendimiento de la Oposición y han dicho encontrarse ante una Oposición desaforada e intransigente; como Oposición han reclamado esenciales garantías y han proclamado que se les ha respondido con la arbitrariedad y el abuso. En el Gobierno han fundado sus actos en las atribuciones legítimas del Poder; fuera del Gobierno en la legítima prerrogativa de disentir y en la tolerancia.

Las constituciones, las que siguen una tradición y entre ellas la nuestra, en lugar de una confrontación violenta y absoluta, buscan regular con disposiciones que sean generalmente acatadas, ese contraste: son un estatuto del Gobierno, y por serlo y al mismo tiempo, un estatuto de la Oposición. Por eso las Constituciones y entre ellas la nuestra –y mucho más la nuestra– no son sino conjuntos de preceptos que tienen origen en los hechos políticos de un país y que examinadas sin tener en cuenta esos hechos, desde su génesis, son compilaciones que carecen de significado cuando no son absurdas.

A hechos políticos respondió la Constitución de 1886. También la reforma del año 10 y del 36. Lo mismo el Plebiscito de 1957.

Y se atribuye precisamente al Presidente Alfonso López ser el gestor y el iniciador de los cambios políticos que propiciaron y tuvieron su culminación en el Plebiscito, y se señala el origen de esos cambios en la carta que dirigió a la Convención de su partido reunida en Medellín en 1956 (1). En esa comunicación proponía López que sus copartidarios se allanaran a escoger un miembro del otro partido como candidato a la Presidencia de la República. Esa propuesta, se relata, al ser escuchada suscitó sorpresa y perplejidad por decir lo menos. Era natural. Se le ofrecía como perspectiva a un partido que había perdido el poder en 1946, que desde 1949 se había retirado de toda participación (2), que estaba en la oposición, que adhiriera y votara por un adversario. Pero para 1956, más acentuadamente, las circunstancias políticas habían cambiado y la visión y audacia de López, expresiones comunes que han sido tantas veces utilizadas para referirse a López, consistían en reconocer ese cambio y con él presentar nuevas soluciones políticas.

Para esa época, en resumen, si un partido, el suyo, en forma casi unánime estaba en la oposición, una fracción del otro había quedado colocada también en la oposición en 1953 (3), y la otra, o su mayor parte al menos, estaba por fuera del gobierno. Podía considerarse, y a eso se llegó, que de un lado estaba el Gobierno y, de otro, los partidos en la oposición.

La propuesta de López buscaba, en primer término, darle una solución política a la situación del país, y luego, en cuanto a su partido, que saliera del aislamiento de la oposición, participara en los mecanismos de la democracia y accediera, según el volúmen de opinión que lo acompañara, no solo al Poder Legislativo sino también al Ejecutivo desde el Consejo de Ministros según una reforma constitucional que López había venido propiciando y por la que abogaba en la misma carta.

Si es innegable esa influencia de López, basta conocer aún superficialmente su pensamiento y sus actuaciones políticas para saber que no se limitaban a lo transitorio, a lo anecdótico; que en su Gobierno, si había sido un gobierno de partido, no se había circunscrito a seguir las rígidas demarcaciones de los bandos y que a su acción, casi siempre, se había enfrentado en la oposición una coalición de intereses que se sobreponía y borraba las fronteras de los viejos partidos. En sus mensajes, como era propio de esa época, con distinción que no ha perdido su validez, más que entre liberales y conservadores, dividía y confrontaba la opinión entre derecha e izquierda, y que continuamente, como un presupuesto político esencial, se refería a las relaciones de Gobierno y Oposición (1).

Si López había sido hombre de Oposición y de Gobierno, también lo habían sido Lleras Camargo, Laureano Gómez y casi todos entre quienes los acompañaban en su empresa. Como Oposición habían soportado lo que consideraban excesos del Gobierno, como Gobierno lo que consideraban excesos de la Oposición. Lo que buscaban precisamente, según lo que expresaron, era regular esa relación entre Gobierno y Oposición. Para ello, en los pactos que preceden al Plebiscito, en los debates de la Comisión Paritaria, en el Plebiscito, si se hacen repetidas referencias a los dos partidos tradicionales, el Liberal y el Conservador, con esas expresiones en esos documentos, en su espíritu y en su letra, como se dice, y en su letra misma, lo que se buscó no fue hacer un Gobierno para dos partidos sino un Gobierno para toda la Nación, en que se reconocieran mutuamente, con sus propios fueros, Gobierno Y Oposición.

6. La Nación y la opinión y los partidos políticos.

Que así es, que al ser llevados los acuerdos a la Constitución es un pacto para toda la Nación, lo establecen los mismos presupuestos de que partió y los hechos políticos de entonces.

Ese presupuesto es el de que los dos partidos son la Nación. Se insiste: no es que los dos partidos representen a la Nación. Es más. Así, en el pacto de Marzo se lee: "... pedir la inmediata reconciliación de los dos partidos, que son, cada uno de ellos, la mitad de la patria, su integridad en la historia" (1); y en otro aparte, que esos dos partidos son "notoriamente equivalentes en su cuerpo numérico" (2). Y en la exposición de motivos con que se presentó el Plebiscito a la Comisión Paritaria, "(...) las dos fuerzas políticas que representan la totalidad de la opinión colombiana", "(...) los partidos que recogen la opinión colombiana", y luego: "por más de un siglo ha habido una batalla por el poder público, sin que en ningún momento se haya podido declarar definitivamente establecido el predominio en la opinión nacional de un partido sobre el otro" (3).

Pero se dirá que ese presupuesto de que la opinión se dividía entre dos partidos no correspondía a la realidad pues por lo menos existía entonces otro partido político, el partido comunista.

Existía o podía existir de hecho, pero no legalmente. Precisamente la actitud asumida ante el partido comunista demuestra que no se pretendió establecer un monopolio político para dos partidos solamente. Si hubiera existido esa pretención, les habría bastado a los personeros de los partidos políticos tradicionales haber callado ante la situación en que se encontraba el partido comunista. La actitud fue muy distinta (4). Y el partido comunista pasó así, en el conjunto de ese proceso, de la ilegalidad a la legalidad.

Sin embargo, se podría arguir que por la paridad, aún reconociéndolo como partido y como lícita su actividad, se le negaba el acceso a las corporaciones públicas. Es evidente, pero son cuestiones de hecho, no de principios o de criterio. Y esto no se circunscribe al partido comunista sino que es extensivo a todas las minorías, y a su expresión en grupos, movimientos, tendencias o partidos. A los comunistas, para reducir ésta cuestión a este partido, no se les negaba nada que hubieran logrado y mantenido en la práctica, en la realidad política colombiana. El enfrentamiento político de años antes en que se habían medido los partidos demostraba, con las cifras electorales, datos que fueron llevados a la Comisión paritaria, que la opinión se había polarizado en los dos partidos, polarización extrema y rígida que recogía la abrumadora mayoría de electores y que hacía muy difícil, si no imposible que otros partidos, fuera de los conservadores y los liberales, llegaran y se mantuvieran en las corporaciones públicas, al menos en Senado y Cámara (5).

Pero a más de los que mostraban las cifras, y de lo que permitía presumir esa historia secular que había visto a los colombianos dividirse en sólo dos partidos, y precisamente cuando se planteó en la Comisión paritaria la situación en que quedarían el partido socialista y el partido comunista, y con ellos las minorías (6), no podía escaparse a una consideración realista de la política, a más de ser contrario a una tradición y a un criterio, que tratar de impedir la aparición y desarrollo de nuevos partidos con restricciones constitucionales era inútil. Así lo formuló el Presidente Eduardo Santos: "El empeño de cerrar el paso a los electores apelando a cuestiones de nombre, exigiendo esta o aquella etiqueta, es una de las cosas más vanas de la tierra". (7).

Pero además los partidos liberal y conservador, y en general los partidos políticos, adquieren en 1957 una característica particular —que se refrenda en las reformas constitucionales posteriores: son, a partir de esa fecha, para expresarlo sintéticamente, instrumentos de gobierno.

Antes, en la Constitución del 86, ni siquiera se les menciona, y en las modificaciones posteriores si se hace referencia a ellos es para la conformación de determinados organismos o para la regulación de aspectos del sistema electoral. Si en el desarrollo político y en la realidad habían hecho la historia política, formado y cambiado gobiernos, constituído y destrozado sistemas, institucionalmente, en la Constitución, la participación en la función de gobernar no les era reconocida y en ella, si se quiere se regulaba el proceso de gobierno como si no tuvieran existencia.

No es esta situación, esa disparidad y confrontación entre las normas y el proceso político, exclusiva de nuestra constitución del 86 de sus sucesivas reformas; es propia de otras constituciones por ser característica de una orientación que, en general y como es sabido, se ha explicado de una parte por ser esas Constituciones anteriores al desarrollo y reconocimiento de los partidos, y, de otra parte, expresado en célebres documentos, debido a la desconfianza, por decirlo así, de los redactores y forjadores de Constituciones por los partidos políticos; era la concepción de que esas agrupaciones eran "facciones" que conducían, casi ineludiblemente por la misma naturaleza de las cosas, a que los intereses particulares que representaban y servían primaran sobre el bien público y a la opresión de unos sobre otros —inclusive de las mayorías en desmedro de las minorías. Al no suprimir la libertad ni imponer la uniformidad, presupuestos que eran de la esencia de esas Constituciones y de esos sistemas, y condiciones que precisamente eran propicias a las facciones, se idearon mecanismos constitucionales —la división de poderes, la representación, el federalismo entre otros que contrarrestaran ese peligro y evitaran el daño que podrían acarrear las facciones.

Ese empeño y esas instituciones que establecen normas en que las relaciones existen entre gobierno e individuo han sido sin embargo interferidas, con modalidades diversas según los sistemas, por el partido político. Si en esos sistemas el poder continúa teniendo en las normas origen popular y la soberanía reside en "el pueblo", esa entidad abstracta se expresa en la realidad del proceso político por medio de un intermediario: el partido político.

Esta distinta situación y orientación política se reconoce y se lleva a las instituciones formales entre nosotros en 1957. Ella se manifiesta en los documentos que dan origen a los cambios institucionales y en ella se insiste clara y repetidamente por las circunstancias de entonces, por ser ese movimiento, en ese aspecto, una reacción contra el gobierno que buscaba reemplazar y que, consideraban, había querido sustituír los partidos tradicionales por otras formaciones o, por lo menos, había desconocido a esos partidos. Los llamados Pactos de entonces son acuerdos entre partidos,

propiciados, logrados y firmados por sus directivas; son una apelación a los partidos políticos como tales, un reconocimiento de su existencia, de su actividad y funciones.

Pero esa orientación no se manifiesta en los documentos políticos simplemente sino que se lleva, expresamente, a la Constitución —orientación, que como se ha dicho, se refrenda en las reformas constitucionales posteriores a 1957. Así, en 1957, el mismo origen de la Reforma se atribuye a los partidos políticos al convocar a Plebiscito, y en la misma fórmula que lo convoca, manifestando que se procede "interpretando la opinión expresada en los acuerdos suscritos por los partidos políticos"; y en las normas constitucionales que se proponen y se aprueban al establecer que los puestos del Congreso se adjudiquen por partidos y que la participación en la Rama Ejecutiva se haga por partidos. En estos dos órganos, por lo tanto y a diferencia de lo que se instituía en el pasado, órganos cuya función ampliamente considerada consiste en gobernar, su integración se hace por medio de los partidos políticos.

Se conserva, cierto, el régimen presidencial, pero la libertad del Presidente en la escogencia de los Ministros, si se reduce al examen a este aspecto, se limita al imponerle que la haga según los partidos políticos. La relación, institucionalmente, no es simplemente entre el Presidente y el Ministro sino, en cierta forma, entre el Presidente, el partido y el Ministro— sin necesidad de entrar a hacer referencia a lo que ha sido, en la práctica, la relación entre el Ministro y su partido.

No se establece, cierto también, ni un gobierno de directorios ni un gobierno de partidos —esas son otras modalides; pero si se les da a los partidos una función de intermediarios de constituír un cauce para la opinión y de recurso para conformar el Gobierno: que los dos partidos "tengan conjuntamente la responsabilidad del Gobierno, y que éste se ejerza a nombre de los dos" prescriben las nuevas fórmulas constitucionales —fórmulas que, además, preceptúan el predominio de esos dos partidos en la tarea de gobernar.

Hay una consecuencia obvia de esa función que se atribuye a los partidos y de la forma como debe constituírse el Gobierno: que se establece en forma expresa en las instituciones lo que se conoce como un "régimen civil". La Constitución, en este campo, no hizo también sino consignar lo que había sido manifestado en los Pactos: en uno de ellos, en la declaración de Benidorm, se proclama que el regreso a la normalidad "traerá el retorno de las Fuerzas Armadas a la misión que desempeñaron con honor y satisfacción general en el tiempo inmediatamente pasado, como guardianes de los intereses internacionales y del orden interno y como ejecutores fieles de la

autoridad escogida por el pueblo", y en el de Marzo "la necesidad de que las Fuerzas Armadas no tomen a su cargo decidir los destinos políticos de una nación".

Así, pues, al consignar el Plebiscito que los miembros de las Fuerzas Armadas pueden ser llamados a desempeñar cargos en la Administración Pública, cuando a estos cargos por su naturaleza incumbe orientación política, este llamamiento solo puede hacerse excepcionalmente o por lo menos en tal proporción que la conformación y orientación política del Gobierno continúe siendo civil, por disponer la Constitución que las Fuerzas Armadas no son deliberantes y no ser sus integrantes miembros de partidos políticos y haberse atribuído por la Constitución la responsabilidad de gobernar a los partidos.

7. Gobierno de Colaboración.

Si es así, si en el Plebiscito se quizo regular las relaciones de Gobierno y Oposición, es necesario detenerse a examinar que clase de Gobierno buscó crearse y no concluír, sin más que esa afirmación implica sostener que en los Gobiernos de colaboración deben coexistir Gobierno y Oposición, y que a los Ministerios debe llevar necesariamente el Presidente a sus opositores, y formar y hacer convivir en el Gobierno a Ministros del Gobierno y a Ministros de la Oposición. Plantear ese género de Gobierno, esa colaboración, así, es necedad o quimera (1).

Los Gobiernos de colaboración tienen en Colombia una larga historia. Es frecuente, cuando se trata ese tema, recordar las ideas de Sergio Arboleda sobre el Poder Cooperativo (2) o las de Nicolás Esguerra para que "pueda funcionar en Colombia la verdadera República" (3).

Pero sin remontarse tanto, en lo que lleva corrido este siglo ha habido gobiernos de colaboración y se han formulado otras propuestas para constituír Gobiernos de colaboración. Están los nombres de Reyes y de Restrepo, de Concha y Suárez, de Holguín y Abadía, de Olaya Herrera.

Una participación muy distinta, según su propia afirmación, fue la que ofreció López a la oposición en 1934 antes de asumir la Presidencia. Vale la pena recordarla, brevemente, no solo por la influencia que ejerció López durante muchos años en la vida política colombiana sino, precisamente, por la muy notoria que tuvo en las instituciones de 1957. En carta al Directorio Conservador ese año ofreció a tres miembros eminentes de ese partido carteras en el Ministerio que se preparaba a formar. No implicaba ese Ministerio mixto, de colaboración, que no se fuera a constituír un gobierno de partido, si se entiende por tal, con palabras de López que confirmaron los

hechos, un gobierno animado por una verdadera intención renovadora y que, lógicamente, suscitaría discrepancias, antagonismos y resistencias. Para López no había contradicción entre un Gobierno con orientaciones y actos definidos y la presencia de miembros de la Oposición en ese mismo Gobierno. De miembros de la oposición por que no era requisito que dejaran de ejercer la crítica al ingresar al Gobierno ni su presencia imponía una contraprestación que debía cubrir su partido con la adhesión. Esa presencia de la Oposición a su entender, con palabras de López también, tendría dos características: una de fiscalizadora de los actos del Gobierno y la otra de ser una cooperación administrativa, con una perspectiva que le permitía a López afirmar: "Veo la oposición sin temor, sin ninguna reserva, con la esperanza que durante estos cuatro años podamos lograr que preste al país los servicios que constituyen su misión esencial en la política" (4).

Pero además de remotos y efímeros si se quiere o de ser sólo objeto de propósitos han existido otros Gobiernos de cooperación entre los dos partidos cuando, se insiste, uno ejercía el Gobierno y otro estaba en la Oposición. Cooperación de corta duración la primera, sólo un año, y la otra, aunque en su conjunto más prolongada, sacudida e interrumpida por una tremenda crisis y por agitadas vicisitudes políticas. Quienes las dirigieron no consideraron que fueran solo formas transitorias, simples expedientes de fácil Gobierno, todo lo contrario, sino que podían ser adoptadas definitivamente como fórmulas de buen Gobierno, conceptos que por provenir de hombres de gobierno, pronunciados en el gobierno, no pueden descartarse como irrealizables quimeras ni ser desmentidas, para ellos, por la turbulencia de los hechos que las acompañaron o los resultados de esa gestión.

El Presidente Alberto Lleras escribió en su último Mensaje al Congreso en 1945: "En anterior ocasión hice públicas algunas de las reflexiones que me han llevado a la conclusión de que el gobierno de un sólo partido no le conviene a la Nación en el actual período de su evolución política (. . .) ¿Cómo esperar que el Gobierno de un sólo partido, aún dirigido angelicalmente, no derive a una forma cualquiera de violencia? ¿Cómo no ha de envenenar sus intenciones mejores esa formidable suma de atributos y poder? ¿Cómo no ha de acabar por considerar irrazonable toda oposición y no ha de pensar que tiene en sus manos la suerte de la República, como un patrimonio personal, si todo lo puede, desde reformar la Carta, hasta convertir los tributos municipales en instrumentos de persecución? ". En otro párrafo agregó: ". . . el partido responsable del gobierno puede convivir con elementos minoritarios en el Ejecutivo, bajo el régimen presidencial, para que con su sola presencia constituya una representación de la opinión pública, aproximada a las tendencias que en ella se divida". E igualmente expresó. "Pero, además, hay otra consideración: la oposición ante un

gobierno formado por un solo partido, se vuelve irrazonable, porque no tiene para que razonar ni sus razones se alimentan con un principio de eficacia que las haga prudentes". Y con fórmula precisa resumió: "Sin la cooperación, la oposición se vuelve bárbara, y sin ella, el Gobierno se convierte en un prisionero de la máquina de su propio partido". (5).

Ospina Pérez expuso como candidato a la Presidencia un programa según el cual el Gobierno debía hacerse con el concurso de hombres de los dos partidos, así lo inició y en crisis sucesivas reafirmó su criterio. Así lo hizo al dar respuesta a la renuncia de los Ministros liberales en noviembre de 1949 (6); antes del debate electoral de 1947: "En tanto que las dictaduras se fundamentan sobre el prestigio personal de un solo hombre, que usa y abusa del poder entre un coro de cortesanos y una guardia de bayonetas, la base de la democracia es el consenso universal, la voluntad de las mayorías libremente expresada; no para sojuzgar en nombre de ellas a quienes disienten de las tesis triunfantes, sino para interpretar desde el Gobierno sentimientos colectivos, prospectos de redención social y anhelos de justicia en beneficio de la comunidad. Es perfectamente compatible, dentro de tal sistema, la colaboración patriótica de figuras sustantivas de los diferentes partidos, precisamente para que no exista zona alguna de la opinión pública sin su correspondiente representanción en el Gobierno. La Democracia nunca se la fundó para oprimir sino para conciliar; jamás para excluír, sino para sumar esfuerzos y se la desvirtúa cuando, invocando sus normas, se pretende imponer la injusticia contra partidos o agrupaciones de ciudadanos a los cuales, no por su condición minoritaria, pueden negárseles los beneficios de las instituciones libres y la participación correspondiente de los negocios públicos" (7); después de esas elecciones: "Los partidos pueden disputarse el mando en las urnas, pero el poder no se ejerce para provecho exclusivo del bando vencedor sino en beneficio de todos. La tesis de gobernar con los míos y para los míos está fuera de los propósitos de la actual Administración, la cual por eso mismo busca la colaboración en el Gobierno de ciudadanos de los diferentes partidos. Gobernar para todos, con el concurso de los propios adversarios, es una tesis nacional que estoy seguro irá fortaleciéndose día por día en la conciencia pública, hasta convertirse en una conquista definitiva de nuestra democracia" (8); nuevamente al responder a los Ministros liberales dimitentes: "Al llamarlos a participar en el Gobierno de Unión Nacional, quise que ciudadanos distinguidos de todas las corrientes intervinieran en la marcha de la Administración a fín de que ella, a la vez que contara con el concurso de las mejores capacidades del país, pudiera ofrecer un auténtico carácter nacional, superior a las controversias de los partidos, y que llevara a cada uno de los grupos en que se divide la opinión de los colombianos una sensación de estricta imparcialidad mantenida como fiel balanza, obediente sólo a los dictados de la equidad y de la justicia" (9); en su mensaje al congreso de 1947; "Debo declarar, finalmente, (. . .) que la Unión Nacional

será una política inalterable bajo mi gobierno. Lo que equivale a decir que ella no sufrirá cambio alguno, cualesquiera que sean las vicisitudes de la política y la actitud que adopten los partidos o sus conductores frente al Organo Ejecutivo del Poder, pues aún en el caso, que espero no habrá de presentarse, y que sinceramente anhelo no ocurra, de que se me obligara a gobernar con hombres de un sólo partido, el espíritu de esa política habría de seguir prevaleciendo en la marcha de la Administración, porque fue ella el origen del movimiento que me exaltó a la Primera Magistratura del Estado, y es apenas lógico y consecuente que yo permanezca fiel a sus normas, no importan las cambiantes circunstancias que se presenten. Por otra parte, séame dado repetir hasta el cansancio, que en mi concepto, es esa la única fórmula saludable para el país, la que la Nación respalda y la que se impone inexorablemente a la conciencia de los hombres de bien que desean sinceramente servir a la República" (10); al rechazar en Agosto de ese mismo año los cargos que se le hacen: "Al Gobierno pretende acusársele de querer facilitar el advenimiento de una hegemonía de partido exclusivista y despótica. Ningún cargo más infundado e injusto. Se procuró, en un principio, desacreditar su programa presentándolo como hábil estratagema de un partido para capturar al Poder con fines sectarios. Pero al cabo de un año de gobierno he demostrado, con hechos visibles y elocuentes, que no se trataba de una jugada equívoca sino de un sincero propósito. Cuando finalizaba el Congreso último, al presentarse la renuncia de los Ministros liberales con motivo de una opinión de sus copartidarios, adversa en un todo a su presencia en el Gabinete, tuve oportunidad de hacer un gobierno homogéneo como me lo pedían insistentemente una fuerte corriente de mi partido. (. . .) Ninguna circunstancia más propicia para haber realizado un gobierno homogéneo, dejando plenamente justificada mi actuación y la sinceridad de mis propósitos, y dando, a la vez, una posición extraordinariamente favorable al partido conservador para el debate electoral del 16 de Marzo. Sin embargo y a pesar de la opinión de aquellos de mis copartidarios que pensaban que era esa la actuación indicada, prescindí de obrar en tal forma, e hice toda clase de esfuerzos para lograr la colaboración de eminentes liberales en el nuevo Gabinete, permaneciendo así irreductible al pié de mis propósitos de Gobierno, de mi programa político y de las convicciones de toda mi vida" (11). Y para concluir con una última cita, el 11 de abril de 1948; "Hablo al país desde el Palacio de la Carrera, la morada tradicional de los Presidentes de Colombia, donde he permanecido asumiendo la totalidad de mis responsabilidades y deberes, sin detenerme a considedar los riesgos o sacrificios que esta actitud imponga, con ánimo sereno y tranquilo. (. . .) No es, pues, el pensamiento expuesto, por mí como Jefe del Estado un programa que sea necesario rectificar en uno solo de sus puntos. Todo lo contrario. Los hechos lo afianzan hasta el extremo de que la República no encuentra en las actuales circunstancias camino distinto para su salvación. Por fortuna lo han comprendido así los Jefes responsables de

todos los partidos que aquí están presentes y me prometen respaldarla con un generoso espíritu patriótico de lealtad, de comprensión y de sacrificio" (12).

Ese criterio del Presidente Ospina Pérez no fue transitorio, para su período presidencial, como tránsito hacia un gobierno de partido exclusivo y excluyente, según lo afirmó, sino como una modalidad permanente, y así continuó afirmándolo mucho más tarde en 1957, por ser un principio de equidad la participación de los partidos "no solo en determinado punto sino a lo ancho y largo del panorama de la Administración Pública" y "no es una gracia otorgada por el vendedor de acuerdo con su conveniencia inmediata, sino un derecho que se reconoce a los partidos como al conjunto de los ciudadanos que dan un aporte proporcional a los gastos del Estado y pueden por consiguiente opinar sobre su inversión intervenir en ella con justísimo título" (13).

Y también mucho después de haber dejado el Gobierno, en el primer mes de 1950, y la fecha basta para indicar la situación del país y el sereno coraje de esas palabras, escribió el Presidente López: "Trátese de este gobierno o del próximo, mi posición ante el problema de la colaboración o la no colaboración, es idéntica. Dista mucho de ser doctrinaria; y no puede precisarse aislándola de mi concepto sobre las condiciones políticas, económicas y sociales de la República en un momento dado. De este concepto nace mi actitud ante el problema de las relaciones de los partidos que se disputan la dirección política del Estado. (. . .) Desde hace algún tiempo he entendido que la colaboración de un partido con un Gobierno de diferente ideología política, y que sea acreedor de ella, es, esencialmente, una forma de la oposición constructiva, a la cual hemos tributado todos los colombianos tan cálidos elogios; y se facilita en la medida en que sean más débiles las diferencias entre sus punto de vista sobre la resolución que deba darse a los grandes problemas públicos de la hora. Si la oposición debe presentarse, normalmente, como un Gobierno en receso, cuando obtiene amplia representación en el Consejo de Ministros, en las Gobernaciones y en las Alcaldías, y esa representación se halla bien preparada para recomendar las mejores iniciativas, puede estar segura de alcanzar el respaldo de la opinión antes de solicitarlo en las urnas. Sería absurdo pretender que los partidos dejen de emular como instrumentos de progreso común cuando trabajan juntos en una misma administración. Y mucho más, siendo ya tan notoria la incapacidad de ellos para manejar o discutir afortunadamente los negocios públicos con criterio de grupo (. . .)" (14).

Es pués factible que en el régimen presidencial (15) y en el nuestro, y dirigido por marcadas personalidades e imprimiéndole al Gobierno una definida orientación política, y como sistema, que Gobierno y Oposición, en determinadas circunstancias, entren a formar el Gobierno. En todo lo que se

ha transcrito, cierto, se habla de partido liberal y conservador. A más de que se trata, como ya se ha dicho y es evidente, de épocas en que un partido era Gobierno y otro Oposición, se habla expresamente y tal vez mucho más en esos párrafos y por eso se citan, así, de Gobierno y de Oposición, de mayorías y de minorías, de tendencias y de corrientes, de grupos y de bandos, de vencedores y de vencidos, y de su derecho, para unos y otros, según diversas modalidades, de formar y entrar al Gobierno.

Gobierno y Oposición, necesariamente, no tienen que estar enfrentados y en posiciones irreductiblemente antagónicas sino que entre ellos debe existir un "tratado de límites y relaciones" como escribió el Presidente López en otro de sus mensajes (16). Eso practicaron y pensaron quiénes participaron, inspiraron o dirigieron las instituciones que se elaboraron en 1957, y al crearlas no iban, contra lo que habían dicho creer y habían afirmado, a construír un sistema para los que están de acuerdo únicamente, "con los míos y para los míos", sino Gobiernos, como es todo el espíritu de esas normas y está en su letra, de colaboración amplia, de carácter nacional de los que no están excluídos, por principio, partidos o tendencias, movimientos o bandos, según aspiración, y quienes esos proclamaron también lo anotaron, que se inscribe en la tradición colombiana.

8. **Las fórmulas Jurídicas del Plebiscito.**

Todos esos antecedentes a que se ha venido haciendo referencia, en resumen, se concretan, en cuanto a la organización política, en las fórmulas jurídicas del Plebiscito.

Así, el pacto entre los dos partidos para establecer nuevas relaciones políticas entre ellos y sacar la política de la confrontación violenta, se concretó en las expresiones del artículo 4o. que prescriben "que los dos partidos políticos, el liberal y el conservador, colocados en un pié de igualdad, dentro de un amplio y permanente acuerdo, tengan conjuntamente la responsabilidad del Gobierno, y que este se ejerza a nombre de los dos".

Esas expresiones están incorporadas en un artículo cuya vigencia no está, en ese estatuto, limitada a un período de tiempo, ni a un lapso predeterminado. Es una norma permanente; permanente, es obvio, mientras subsiste el estatuto que la contiene y no se derogue o reforme por el constituyente.

Y esa norma, en su conjunto, sobrepasa, por decirlo así, la regulación entre dos partidos políticos; pasa a ser ampliamente el ordenamiento de la Rama Ejecutiva; de un pacto de dos partidos adquiere, como toda Constitución, las características de un pacto político para toda la Nación, como lo dispone ese artículo 4o.:

"Los Ministros del Despacho serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, quien, sin embargo, estará obligado a dar participación en el Ministerio a los partidos políticos en la misma proporción en que estén representados en las Cámaras Legislativas.

Como el objeto de la presente reforma constitucional es el de que los dos partidos políticos, el conservador y el liberal, colocados en un pie de igualdad, dentro de un amplio y permanente acuerdo, tengan conjuntamente la responsabilidad del Gobierno, y que éste se ejerza a nombre de los dos, la designación de los funcionarios y empleados que no pertenezcan a la carrera administrativa se hará de manera tal que las distintas esferas de la Rama Ejecutiva reflejen equilibradamente la composición política del Congreso.

Lo anterior no obsta para que los miembros de las Fuerzas Armadas puedan ser llamados a desempeñar cargos en la Administración Pública".

Igualmente tiene un carácter permanente el artículo 3o.:

"En las Corporaciones Públicas a que se refiere el artículo anterior, la mayoría para todos los efectos legales será de los dos tercios de los votos; pero el Congreso, por medio de ley votada por las dos terceras partes de los miembros de una y otra Cámara podrá señalar, para períodos no mayores de dos años, las materias respecto de las cuales bastará la aprobación de la simple mayoría absoluta".

Tiene en cambio un carácter transitorio la disposición del artículo 2o. cuya primera parte dice:

"En las elecciones populares que se efectúan para elegir Corporaciones públicas hasta el año de 1968 inclusive, los puestos correspondientes a cada circunscripción electoral se adjudicarán por mitad a los partidos tradicionales, el conservador y el liberal".

Ahora bien, en relación a la formación de la Rama Ejecutiva, mientras la escena política la dominaron prácticamente en su totalidad estos dos partidos, el lenguaje constitucional del Plebiscito respondía a una realidad democrática y coincidía con el principio tradicional de organización política, basado en la voluntad popular para integrar los órganos del Estado, principio enunciado inequívocamente desde el primero de los pactos, el de Benidorm, que los demás pactos acogen (1), que es presupuesto del Plebiscito y que se incorpora además al acoger la constitución del 86 con sus reformas.

Si esa realidad política cambia, si fuera de los dos partidos tradicionales, aparecen en el escenario político otros partidos, se presenta una contradicción entre todo el sistema constitucional con los principios democráticos que lo animan y la referencia a solo dos partidos; en ese caso,

el conflicto debe desatarse en favor de aquellos principios, acogidos en los documentos políticos y llevados a las fórmulas constitucionales, pues ni en los unos ni en los otros se pretendió alterar el sistema democrático de Gobierno.

Por lo tanto a esas fórmulas que buscaban asegurar las relaciones pacíficas entre liberales y conservadores debe darse el alcance que en realidad las motivó y que tienen de regular las relaciones entre esos dos partidos, sin que ello implique, constitucionalmente, la exclusión de otros partidos o de personas afiliadas a ellos, exclusión que, en ninguna forma aparece, en relación a la Rama Ejecutiva, ni tácita ni expresamente, ni en los criterios ni en las palabras empleadas, que no fué propuesta ni está enunciada en los pactos de los dos partidos, ni en la presentación y debates sobre el Plebiscito, y que tampoco se llevó al Plebiscito.

Aunque en el aspecto político estas disposiciones sólo tengan hoy un valor histórico, es necesario advertir y hacer hincapié sobre la diferencia que existe en la misma letra de los preceptos. Para la regulación que era transitoria, por un tiempo de antemano fijado, la del Congreso en el artículo 2o. se estipuló que los puestos se adjudicarían "por mitad" entre los dos partidos. Esa es una expresión inequívoca, muy clara: hasta 1968, originalmente, la mitad del Congreso debía estar compuesta por conservadores y la otra mitad por liberales y no hay para que volver sobre la justificación de ese reparto que correspondía a la realidad política del país en ese entonces.

Pero en cuanto a la Rama Ejecutiva, las expresiones empleadas fueron distintas: se consignó únicamente, en el artículo 4o. inciso 2o., que la designación de los funcionarios de esa Rama se haría de tal manera que sus distintas esferas "reflejen equilibradamente" la composición del Congreso. Si se hubiera querido que el Ejecutivo se constituyera en la misma forma que el Legislativo se hubieran utilizado las mismas palabras: por mitad. En ese caso si hubiera sido imperativo ese reparto por mitad en el Ejecutivo, con exclusión de todos los demás, durante ese período en que el Congreso estaba constituído así, por mitad.

Un reflejo equilibrado, si hay que apegarse a las solas palabras, no es lo mismo ni tiene el mismo alcance que por mitad. Simplemente, aún por la letra, quiere decir que en el Ejecutivo deben estar representados los dos partidos, sin que uno de ellos tenga ventaja sobre el otro, sin que se rompa ese equilibrio.

Al terminar ese período transitorio desaparecía, según lo dispuesto en el inciso 1o. del mismo artículo 4o., ese equilibrio en el Ministerio, y se imponía al Presidente la obligación de formar ese Ministerio en "la misma

proporción" en que "los partidos políticos" estuvieran representados en las Cámaras, proporción que no fijaba una distribución entre conservadores y liberales únicamente, sino así lo dice la letra, entre "los partidos políticos", expresión general, amplia, sin limitaciones, que contribuye a confirmar lo que se ha venido sosteniendo de que, constitucionalmente, no se imponía ninguna exclusión.

El Presidente de la República conservaba, únicamente con la limitación de que la integración del Ministerio hasta 1968 se hiciera con representación equilibrada de conservadores y liberales, su libertad. Después de esa fecha se le sujetaba a la proporcionalidad. De esos requisitos para adelante, si puede hablarse así, la formación del Ministerio dejaba de estar regida por la Constitución, para quedar en manos del Presidente y de los hechos políticos.

9. **La Administración Pública y el Plebiscito.**

Otra de las cuestiones que se consideró previamente y se concretó en el Plebiscito fue la de la Administración Pública. Se estimó que su regulación era presupuesto indispensable del acuerdo de los partidos, del funcionamiento del Estado, y de la misma concordia nacional.

De ello ya había hecho expresa mención el Presidente López en su citada carta a la Convención de Medellín (1) y esa necesidad se consignó en el pacto de Sitges (2), prescribiéndose la creación de una carrera de servicio civil.

Esas orientaciones recogen también una larga aspiración, expresada insistentemente por diversos gobiernos, de uno y otro partido, manifestada repetidamente en su voluntad y en sus esfuerzos para constituír una Administración y un cuerpo de funciones preparados y eficaces, instrumento apropiado para la gestión del Estado, que permita a ese Estado abocar con éxito las tareas cada vez más complejas y vastas que se le van imponiendo en la vida moderna.

Pero en Colombia no es esta sólo una cuestión de técnica y de eficacia. Había sido igualmente aspiración constante que ese cuerpo de funcionarios no estuviera sometido al vaivén de los partidos, a sus turnos de poder, que no fuera, con expresiones usuales, botín y despojo, reparto y premio de resultados electorales, y que no sometiera, con los cambios de partidos y aún de meras fracciones, al funcionario público a permanente inseguridad y zozobra.

Más aún, y para Colombia también, que no fuera la Administración instrumento de partido, de su estrategia o maquinaciones, y no se hiciera de los empleados no servidores neutrales del Estado sino dóciles agentes de

partido o que ellos mismos, esos funcionarios, en la conquista y defensa de los puestos públicos no contribuyeran a convertir la legítima disputa política en despiadada e implacable lucha.

Para lograr esos objetivos se requería, o se requieren, mejor, tres condiciones: La posibilidad para todos y en condiciones de igualdad de acceder a los puestos públicos, la neutralidad partidista de los funcionarios y la carrera administrativa.

El primero es principio que acoge la Constitución del 86 (3), cuya aplicación se amplía en la reforma de 1945, y que se incorpora en el Plebiscito, al restablecer esa Constitución del 86, y al consignarlo expresamente en su artículo 7o. Y no podía ser de otra manera porque este es uno de esos principios y derechos universales (4), reconocido como tal, que ni la letra ni la interpretación de una Constitución, de determinadas Constituciones al menos, pueden negar, limitar o tergiversar porque hacerlo sería desvirtuarla y falsearla, y quebrar la esencial arquitectura de su sistema.

Así, si se concreta esta cuestión a los términos del Plebiscito, más, a toda la Constitución Colombiana, como está hoy vigente, en la actualidad el acceso a los puestos públicos se abre en condiciones de igualdad para todos, sin privilegios ni ventajas predeterminados para unos, sin obstáculos ni prohibiciones pre–establecidas para otros, sin que pueda alegarse adhesión a unos partidos o a un partido para entrar a la Administración Pública o para obtener la promoción o incurrir en la destitución.

La diferente filiación política e igualmente las diferencias de raza o religión, no cuenta o no deben contar en la Administración Pública. A más del Plebiscito, las leyes posteriores así lo han hecho constar expresamente (5).

Otra de las condiciones a que se ha hecho referencia, es la prohibición a los empleados de tomar parte en las actividades de los partidos, como lo dispone el artículo 6o. del Plebiscito, y lo repiten y puntualizan las leyes (6). Estas disposiciones, es obvio, dejan a salvo lo que se conoce como la libertad de pensamiento y que conlleva, en política, la de pertenecer a un partido político y sufragar por él. Lo que se prohibe es ésa actividad de partido que por tener la persona el carácter de funcionario, hace que con sus hechos se comprometa a la administración o aún así se permita presumirlo.

La tercera de las condiciones, que exige las dos anteriores, es el establecimiento de la Carrera Administrativa (7), presupuestada en el artículo 5o. del Plebiscito, fundamento de las leyes y decretos que la desarrollan y definen (8).

10. El Poder Ejecutivo, el Gobierno y la Administración Pública.

Para complementar la cuestión anterior, es necesario considerar la Administración Pública en relación al Poder Ejecutivo y al Gobierno.

Nuestra Constitución, para enfocar este aspecto en su forma más sencilla y escueta, dejando de lado las complicaciones de las teorías, adopta la clásica distinción de Poderes, limitados los tres cada cual con sus propios fines y atribuciones, separados pero en colaboración armónica para la realización de los fines del Estado.

Uno de esos poderes, el Ejecutivo, está compuesto, por definición de la Ley, por determinados organismos: la Presidencia de la República, los Ministerios y Departamentos Administrativos, las Superintendencias y los Establecimientos Públicos. Ese poder, así integrado, tiene una doble función: la de gobernar, una, y otra, la de administrar.

De esas funciones, la de gobernar, es primordialmente política, y consiste, muy esquemáticamente descrita, en tomar las decisiones importantes, en imprimirle al Estado una orientación, en escoger entre las grandes opciones. Las personas que ejercen esa función, que constituyen el Gobierno, expresamente determinado en lo Nacional como el Presidente y los Ministros o los Jefes de los Departamentos Administrativos, son funcionarios políticos. Pero si gobernar es tomar las decisiones que imprimen una orientación al Estado, para hacerlo, y más en un Estado moderno cuyas tareas no se limitan ya, como fue, a mantener el orden en el interior y a conservar la intangibilidad de las fronteras sino que debe atender a lo económico y a lo social, esa función se amplía y otros organismos y otros funcionarios del Estado quedan involucrados en esa función de gobernar.

La otra función, la de administrar, consiste, también descrita esquemáticamente, en darle curso a las cuestiones corrientes, cuotidianamente, sin interrupción, en satisfacer en forma constante y permanente los servicios y necesidades. En el Estado ésta actividad y éstos órganos, que constituyen la Administración Pública, obran por fines que les son propios y los caracterizan, por fines de interés público, con una serie de prerrogativas para que se pueda satisfacer precisamente ese interés, y que están servidos por un cuerpo especializado de personas. Esa administración es sustento, base del Gobierno, sigue sus orientaciones y directivas, pero es neutral; la decisión del Gobierno, para ejecutarse satisfactoriamente, tiene que contar con ese mecanismo y reconocer sus recursos y posibilidades, pero, como mecanismo, no le corresponde la decisión por salir ella de la órbita que le es propia.

Por estar adscrita en el Estado esa función de administrar primordialmente al Ejecutivo y estar integrada en ese órgano, se distingue netamente la Administración Pública del Poder Legislativo y del Poder Judicial. De otra parte, por ese mismo hecho, la dirección de la Administración Pública incumbe o se confunde, por decirlo así más claramente, en los mismos órganos y personas que tienen a su cargo determinar la orientación del Gobierno. Y esas personas, por tener una función política, cambian; no así los administradores, que por no tenerla, son estables: el Gobierno y los Gobernantes varían, la Administración y los administradores permanecen.

En los artículos 4o. y 5o. del Plebiscito se consignaron estos criterios que leyes posteriores desarrollaron al determinar qué empleos son de libre nombramiento y remoción y cuales integran el Servicio Civil y pertenecen a la Carrera Administrativa. (1).

Se puede concluír, llegados a este punto, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el Plebiscito y las Leyes pertinentes sobre la materia, y en cuanto a la Administración Pública, así: Que se estableció la Carrera Administrativa; que el acceso a ella está abierto para todos, sin discriminación política, en condiciones de igualdad; que mientras la Administración Pública se integra por funcionarios de carrera, como recurso y según criterio general de la paridad, se tendrá en cuenta para la designación y por consiguiente distribución de esos empleados la paridad entre los dos partidos, el conservador y el liberal, sin que esa paridad implique exclusión para nadie por el sólo hecho de no pertenecer a esos dos partidos. De otra parte, por las mismas disposiciones, por fuera de la Carrera Administrativa, existen otros empleos que son de libre nombramiento y remoción; entre ellos, en primer término, los que contribuyen fundamentalmente a la función de gobernar, que deben proveerse y distribuírse paritariamente entre los dos partidos, el conservador y el liberal, sin que este criterio, fundamental en este caso, excluya por ese solo hecho a quienes no pertenezcan a uno de esos dos partidos.

11. El Poder Judicial y el Plebiscito.

Cuando se presentó en la Comisión Paritaria la propuesta de que se incorporara en el Plebiscito el carácter vitalicio de los miembros de la Corte Suprema de Justicia y la cooptación, se adujo por el Ministro de Gobierno que "todo lo que aleje a los Jueces y Magistrados de la corruptora influencia de la política y les otorgue independencia en el cumplimiento de sus funciones, contribuirá en forma decisiva al logro del ideal de una justicia respetable y eficaz" (1).

Además de los antecedentes constitucionales que se mencionaron en esa propuesta, la comisión especial que fue designada para estudiar esta materia (2), amplió su examen al de todo el Poder Judicial, y para hacerlo revisó las reformas que se habían implantado en Colombia de 1910 a 1945. La del 10, estimó, al darle a los Concejos la atribución de elegir los Jueces Municipales y a las Asambleas la de constituír las ternas de los Tribunales Departamentales, hizo depender Jueces y Magistrados del resultado de elecciones populares; la del 45, si obviaba en cuanto a esos Jueces y Magistrados esa dependencia, no lo hacía en cuanto a los Magistrados de la Corte, ya que atribuía su designación al Presidente y al Congreso. Debía buscarse una reforma, eso consideraron, que impidiera que en ningún caso, y para preservar la Justicia, pudiera atribuírse esa intervención del Presidente en la escogencia de las personas a "favores que recompensar ni a agravios que vengar", y en cuanto al Congreso que se evitara que los Magistrados fueran "galardón de la lucha electoral" y dependiera su suerte del resultado de elecciones.

Estos enunciados no son criterio exclusivo, aislado, de quienes integraban esa comisión y contribuyeron a configurar el Plebiscito, ni solo de ese estatuto ni tampoco de esa época. Es aspiración que corre por todo el curso de la historia colombiana, porque la interferencia de la política y los partidos siempre se ha considerado que va en desmedro de la buena justicia y de la gente común, sin siquiera traer beneficio para la política, los partidos y las corporaciones públicas. Ha contribuído, eso sí, al desprestigio de la una y de los otros.

Son innumerables los antecedentes en los que distintos Gobiernos de uno y otro partido han rechazado esa interferencia y han buscado evitarla. Por estar inspirados por tan distintos criterios, pero en busca del mismo fín, basta, por eso mismo, mencionar a Eduardo Santos y a Laureano Gómez.

El Presidente Santos escribió al tomar posesión de la Presidencia: "Entre las reformas sustanciales que el país necesita se encuentra la que modificando las normas constitucionales vigentes garantice la independencia del Poder Judicial y establezca una total separación entre las luchas políticas y la administración de justicia, que tiene que caracterizarse por una imparcial serenidad" (3); lo planteó en su Mensaje al Congreso en 1939: "Una de las más evidentes necesidades nacionales es la de la reforma constitucional que independice al Poder Judicial de la Política y lo ponga al abrigo de intrigas o maniobras siempre funestas. (. . .) Entre las necesidades Públicas ninguna es mayor que la de asegurar una sana, respetable y respetada administración de justicia, que no esté viciada por el interés político, ni por la intriga deletérea, que no forme nunca parte del botín que pueda recogerse en las pugnas partidaristas, que no esté sometida a las influencias de los caciques, ni a los cálculos de grandes electores" (4); lo reafirmó en 1949: "Caracteres de

extrema urgencia tiene la reforma que establezca la independencia del Poder Judicial. Lo que con ella ha ocurrido es bien extraño, porque hace mucho es unánime el concepto en Colombia sobre la necesidad de realizar esa reforma, pero no se ha podido llegar a la forma en que ella se cristalice. No podría demorarse por más tiempo la búsqueda de esa fórmula necesaria, ya que el mal que con ella se quiere remediar es indiscutible y creciente. Colocar al Poder Judicial fuera de las intrigas políticas e infinitamente lejos de las pasiones sectarias, desvincularlo completamente de las agitaciones partidistas, exigir el cumplimiento integral del principio que ordena a cuantos forman parte del Poder Judicial abstenerse de intervenciones activas en las luchas de los partidos y consagrase al ejercicio de su misión, que es cuestión sagrada, ya que consiste en la guarda de los derechos de todos y en la aplicación honrada e imparcial de la Ley, ese es uno de los deberes más premiosos de esta hora difícil. Un Poder Judicial intachable, eficaz y respetado es la primera e infranqueable línea de defensa de un régimen democrático, y puede decirse que si él corresponde debidamente a las necesidades y aspiraciones nacionales todo lo demás nos vendrá por añadidura" (5); e insistió en 1941; "Acerca de dar un nuevo origen al Poder Judicial existe ya en Colombia, no ya un concepto unánime, sino vehemente y aún angustiado. Es en realidad extraño lo que con esa reforma viene sucediendo. Desde hace muchos años la reclama el país entero. Puede asegurarse que nadie defiende lo que hoy exista. Todos coinciden en la urgencia implazable de desvincular al Poder Judicial de las influencias políticas; de quitar a las Asambleas la intervención que hace treinta años vienen teniendo en la elección de tribunales, con la cual desaparecería la desastrosa influencia de los intereses de comités y directorios políticos y electorales en cosa que debiera estar tan alejada de ellos" (6).

Y correspondió al Presidente Laureno Gómez en 1951 haber dicho: "La crisis de la administración de justicia no es ni más reciente ni menos alarmante. (. . .) Porque la administración de justicia es más un botín político que un campo de acción para la equidad y la ética. Los Jueces se distribuyen en proporción al sufragio universal, y desde el más bajo de la jerarquía, hasta el más meritorio de los Magistrados, debe pagar tributo a su partido, a sus directivas y a las consignas que éstas les imponen. Por primera vez ahora se ha realizado el experimento original pero transitorio de una distribución paritaria de los Jueces entre las dos grandes colectividades políticas, lo que constituye un acto de desprendimiento del partido de gobierno y quizas un antecedente digno de las reformas que habrán de hacerse en el futuro inmediato. Porque, señores congresistas, la paridad tampoco es una solución. El origen político del Poder Judicial es en sí mismo anticientífico, y en nada o en muy poco se enmienda distribuyéndolo entre las fuerzas antagónicas que se disputan el predominio del Estado" (7).

Y entre los antecedentes de la paridad se cita al Presidente Ospina Pérez quien, en 1949, para evitar esa interferencia de política y partidos, proponía como una de las reformas fundamentales la conformación paritaria de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. (8).

Los expositores colombianos de Derecho Constitucional no fueron menos categóricos, y expresamente se pronunciaron contra el artículo 173 de la actual compilación constitucional. Para uno de ellos, Francisco de Paula Pérez, aunque esa disposición podía significar un avance dadas las condiciones de la época, no dejaba por eso de ser un rezago que mantenía la interferencia política en la Justicia: "La finalidad del artículo, escribió, es evitar que un sólo partido acapare las posiciones judiciales. Desde este punto de vista no es criticable, como quiera que una selección, un criterio de bandería, no se compadece con la misión de administrar justicia; pero la misma regla lleva, en su origen, un acentuado propósito de mantener linderos y asegurar posiciones que puede sacrificar la competencia en aras del sectarismo. Es otro de los contactos entre la política y la rama jurisdiccional. Un rótulo vale más, en ocasiones, que la ciencia, probidad y experiencia de los candidatos para determinado cargo". (9). Y A. Copete Lizarralde comentó: "Justicia y Política, son términos antinómicos. La Justicia es equilibrio e imparcialidad, busca la equidad y la armonía social. La Política entre nosotros no se piensa, se siente apasionadamente, sin reflexión, sin control. Es bien cierto que las diversas posiciones filosóficas, implican diversas posturas ante los problemas jurídicos, pero lo que al Estado le interesa es la prestación del servicio público de la Justicia de una manera intachable. Creemos en resumen, que mientras no se independice totalmente de la política esta importante Rama del Poder, no veremos realizada nuestra legítima aspiración de tener un órgano judicial independiente y técnico". (10).

No fue, pues, extraño que para el Plebiscito, con tan conocidos y repetidos antecedentes, se recomendara una reforma que colocara por fín a la justicia por fuera de la política y de los partidos. Al afirmar que la justicia debía ser inmune a "la corruptora influencia de la política" y estar exenta del "virus de las pasiones políticas" no hacían sino repetir lo que tantas veces se había dicho y al recomendar una reforma que "asegure definitivamente la independencia de la Rama Jurisdiccional respecto de las demás Ramas del Poder Público y de las luchas políticas de los partidos" (11), también pedir lo que tanto se había solicitado y no se había obtenido. Acogidos esos propósitos, se estableció en el Plebiscito para lograrlos el carácter vitalicio de los Magistrados, la cooptación como sistema de designación, la paridad en Corte y Consejo, y la organización de la Carrera Judicial.

Esos preceptos no tienen en el Plebiscito, por su naturaleza y fines, un carácter transitorio como sí lo tienen los que hacen relación al Congreso y al Ejecutivo. En el Congreso y en el Ejecutivo se buscaba establecer, con la paridad, una tregua, un período transitorio en la lucha política; era una limitación durante un tiempo prefijado a la pugna política y a la lucha por el Poder de los partidos: después se regresaría plenamente al ejercicio político y a la actividad de los partidos; no se pretendía, ni podía pretenderse, excluír definitivamente la política; se buscaba, precisamente, un mejor regreso para la política y la actividad de los partidos.

Todo lo contrario, en cambio, se propuso y se consignó para la justicia. La política y los partidos, después de esa tregua, no debían volver a intervenir y a ejercer su influencia en la justicia. La política, como fue tantas veces expresado, debía desterrarse y quedar excluída de la justicia, definitivamente. Esa interferencia debía desaparecer en los fallos y actuaciones de la justicia, en la integración de los Tribunales, en la designación de Magistrados y de jueces. Si Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, por la misma naturaleza de las cosas, están íntima y estrechamente unidos, inexorablemente vinculados a la política y a los partidos, por la misma naturaleza de las cosas, justicia y política son cuestiones y términos antagónicos y contrapuestos.

Si esos fueran los propósitos y espíritu de esa reforma, si todas las normas y la letra de los preceptos a eso conducen, no puede considerarse vigente ese artículo 173 que quedó en la compilación constitucional, que contradice espíritu y preceptos y cuya aplicación no solo desvirtuaría toda una reforma sino que implicaría sobreponerlo y dar por no escritos preceptos que le son posteriores y que haría que nuevamente Magistrados y Fiscales, y con ellos y por ahí toda la Justicia, volvieran a quedar interferidos por la política y por los partidos.

Se podría decir, sin embargo, que no es absolutamente exacto que se hubiera excluído a la política y a los partidos, pues la paridad no es otra cosa que la intromisión de esa misma política y la de una distribución según los partidos. Es verdad, pero sólo hasta cierto punto: por ser en Colombia absolutamente inevitable, paradójicamente hubo que recurrir a la política para excluír a la política. Por las condiciones de hecho de ese entonces, así se ha visto y hay que repetirlo al tratar este asunto, la Nación se dividía en dos partidos que fueron considerados numéricamente equivalentes por sus dirigentes, por lo tanto, al darle a la Justicia esa configuración de la Nación; cambiadas las condiciones de hecho, fundamento de esta disposición, nada impide que subsistiendo la paridad como criterio y sin exclusiones, la justicia continúe siendo independiente y, sin rompimientos constitucionales, pueda adaptarse

a la cambiante realidad del país y seguir siendo, en su conformación, y así en el concepto y respeto de la gente que le son tan necesarios, una Justicia de la Nación entera.

12. **La Reforma Constitucional de 1968. Su origen.**

Se debe ahora entrar a examinar la Reforma Constitucional de 1968. No es el caso hacer referencia a toda ella, sino únicamente a los temas que deben ser considerados, para que al establecer una comparación con las instituciones anteriores se pueda precisar que fue derogado, qué se modificó o qué se aclaró. Sobre lo que no experimentó ningún cambio, no hay necesidad de hacer comentarios.

Pero para poder tratar esos aspectos es necesario hacerlo desde los orígenes y circunstancias de hecho y políticas que acompañaron su expedición y trámite, que contribuyeron a configurarla, y, así, llegar a las disposiciones que hacen referencia a los temas que interesan en este caso.

La Reforma de 1968, es un hecho reconocido, se debe a Carlos Lleras Restrepo. Y se anota que uno de los primeros planteamientos sobre la necesidad de introducir modificaciones a la Constitución lo hizo en 1963 (1). En esa ocasión, por el tema mismo que se debatió, "La Reforma Parlamentaria", consideró las fallas en la estructura y funciones del Congreso, que se involucran en la crisis del Estado, y se manifiestan en las cuatro funciones que le atribuyó: la legislativa, la de indagaciones sobre la actividad del Ejecutivo, la de estudio de los problemas del cuerpo social y la deliberante (2), y señaló las modificaciones que en su concepto debían hacerse.

Más tarde, en 1965, al aceptar la candidatura presidencial (3), Lleras Restrepo reafirmó la existencia del régimen presidencial en la Constitución Colombiana (4), se refirió al servicio civil (5), a la crisis profunda que atravesaba el Estado en general y el Congreso (6) en particular sobre todo por la mayoría de las dos terceras partes que se exigía para sus decisiones (7), a su posición frente a la división de su partido (8), y al reconocer la existencia de un movimiento alrededor de Rojas Pinilla (9), indicó la conveniencia de que se otorgara a cualquier otra agrupación política, además de los dos partidos tradicionales, representación "no disfrazada" en las corporaciones públicas (10).

Días después Lleras Restrepo dirigió una carta invitando a algunos juristas y políticos o a personas que reunían ambas condiciones para que se formara un Comité de Reforma Constitucional (11), carta en la que señalaba algunos de los principios que debían inspirar esa reforma e indicaba varias de las deficiencias de la estructura del Estado.

Algunos meses más tarde, en 1966 (12), proclamó Lleras Restrepo que se restauraría "en su fecunda plenitud el régimen presidencial", y expresó que haría una administración en la que se movilizarían "al máximo las energías nacionales" (13) para lo cual había que salirse del "complicado juego de intrigas políticas con los partidos, los grupos, los subgrupos si con él se corre el riesgo de sacrificar las prerrogativas presidenciales" (14), devolviéndole el poder decisorio a los organismos del Estado democrático con la consiguiente reforma del Congreso de la que ya se ocupaba, dijo, al revisar el proyecto de reforma constitucional (15).

En abril de ese mismo año (16) anunció que el 8 de agosto se presentarían al Congreso las reformas constitucionales y legales, que en síntesis devolverían a las corporaciones públicas su capacidad decisoria.

Para cerrar la campaña presidencial (17) nuevamente reafirmó la existencia y naturaleza del sistema presidencial en Colombia, hizo referencia a la Alianza Nacional Popular en cuyo caso "puede hablarse de un partido nuevo" (18), se ocupó de las reformas al sistema del Frente Nacional entre las que enumeró la de las dos terceras parte, el artículo 121 de la Constitución, la de abrir a partir de 1968 la posibilidad de que todos los partidos o grupos pudieran elegir sus representantes, y las que harían que el Congreso se adaptara como los dos otros órganos a la evolución de la vida contemporánea.

Y en su discurso al tomar posesión de la Presidencia (19) anunció la amplitud de las reformas que iba a presentar (20).

De ese esquemático recuento, se puede pasar a hacer algunas anotaciones que hay que tener en cuenta para los temas que se están estudiando.

Origen gestor de la reforma Carlos Lleras, como se ha dicho, tiene la configuración de esa reforma, en él mismo, en Lleras, una larga y progresiva elaboración. Comienza por anunciarse, aunque desde su origen se inscribe en la llamada crisis del Estado, como una reforma parcial del Congreso, luego y en las presentaciones posteriores, y al pensar en esos largos años y todo lo que aconteció, no parece aventurado afirmar que influyeron, como él mismo lo da a entender (21), con sus hechos y las transformaciones hasta ampliarse y complementarse no sólo en relación al Congreso, sino hasta extenderse a la existencia y función de los partidos (22), y llegar, en fin, a toda la estructura del Sistema político y del Estado.

Es por eso que hay que recurrir a esas sucesivas exposiciones sin las cuales la Reforma no lograría, al querer interpretarla, su cabal significación. Precisamente por ser Carlos Lleras su gestor, están marcados en esas exposiciones las etapas y los elementos de esa Reforma de 1968.

13. Una reforma por los Procedimientos Constitucionales.

Desde un principio señaló Carlos LLeras Restrepo que la reforma se haría siguiendo la tramitación señalada en la Constitución, es decir por el Congreso.

Con esta decisión, y por eso se señala, se estaba siguiendo una concepción sobre todo el orden constitucional, sobre la Ley y también sobre los mismos fines de la Reforma.

En primer término, es obvio, es el acatamiento a la Constitución. De la Constitución, es evidente también, se puede disentir, pero mientras sea Constitución, mientras esté en vigencia, hay que obedecerla. La Constitución se puede cambiar si se está en desacuerdo con ella, se puede reformar si se obtiene el predominio de los mecanismos políticos aptos para hacerlo pero por los trámites que la Constitución prescribe. Es el requisito básico, más, es la existencia de un orden jurídico (1). Es el acatamiento a la Ley, a la que se somete el Gobierno también (2).

Era también uno de los presupuestos de la Reforma que ésta se hiciera en el Congreso pues, precisamente por ser uno de sus fines, se buscaba demostrar que ese mecanismo, y con él la democracia representativa, seguían teniendo validez (3). Y cuando se planteó, siendo Presidente, una confrontación entre el Ejecutivo y el Congreso, reclamó para él títulos de defensor del Congreso apelando para hacerlo a su propia experiencia que lo ligaba a su prestigio, (4), y que lo llevaron a rechazar los rumores, insinuaciones o propuestas de que para las reformas, en lugar del Congreso, se acudiera a un Plebiscito (5).

Es por esto, por ser de la naturaleza del Congreso, que la iniciativa de la reforma de la Constitución presentada por el Gobierno, al llegar al Congreso y debatirse en las Cámaras, quedó sometida a las iniciativas y a las modificaciones que presentó no solo el Gobierno sino a la de los miembros del Congreso (6), como sucedió, lo que hace que al estudiarla haya que examinar, aunque sea brevemente, ese proceso con la influencia que ejerció en ella y las normas que se le incorporaron.

14. Los hechos políticos y la Reforma de 1968.

Es conveniente describir, aunque sea brevemente como se ha dicho, los hechos políticos de 1966 a 1968, durante el período de la Reforma y observar, si se los compara con los de 1957, como han variado en relación a los que predominaban cuando se redactó y aprobó el Plebiscito, y como influyeron con su agitado y tumultoso desarrollo, en esta Reforma del 68 y como se manifestaron en ella.

En primer término, el Gobierno que propone e impulsa esta Reforma es dirigido por quien, como candidato a la Presidencia, había renovado su fidelidad a la esencia del Frente Nacional y a los programas y acuerdos de una coalición (1). Así lo ratificó al tomar posesión de la Presidencia (2), y antes, cuando estando listo el primer proyecto de reforma y en preparación los otros dos, se dirigió a los directorios de la Coalición para que formularan sus observaciones (3). Durante el trámite de la Reforma, también vuelven a participar esos Directorios políticos, y en una de sus crisis, ellos y el Presidente Ospina Pérez (4), intervinieron decisivamente. Tiene por esto esta Reforma, en su origen y en su tramitación, la característica de ser un acuerdo, la de provenir y sustentarse en una coalición política.

Pero la situación de los partidos que integran el Frente Nacional, y de los partidos en general, ha cambiado mucho si se tiene en cuenta y se compara con la de 1957. Uno de esos partidos, de unido, bajo la misma dirección, se ha dividido, y las dos fracciones del otro han variado en sus efectivos en el curso de esos años. Además, existe ya una coalición, la Alianza Nacional Popular (5).

Desde mucho antes de iniciarse, se previó que el Gobierno en 1966 no tendría en el Congreso la mayoría de las dos terceras partes que se prescribía en el Plebiscito (6), y en las elecciones de ese año para Senado y Cámara los resultados electorales mostraron la dispersión en partidos, tendencias y grupos de quienes habían sido elegidos para esos cuerpos (7).

Esa circunstancia de carecer el Gobierno de las dos terceras partes tuvo como primera consecuencia que se comenzara por debatir la mayoría requerida por la Constitución para la aprobación de una reforma constitucional y que desde un principio se viera la ventaja de ampliar la coalición de gobierno.

Otro hecho político que se protocolizó en agosto de 1967, y que tuvo marcada importancia en relación a la reforma constitucional, fue la unión liberal. La convergencia en algunas cuestiones, la aceptación en otros casos de puntos de vista propios llevaron, en un proceso difícil y lento, de bruscas oscilaciones a veces (8), a que los dos sectores principales en que estaba dividido el liberalismo se encontraran muchas veces, en el curso de esa legislatura y principalmente en la reforma constitucional, en el mismo terreno, y que así, de esa aproximación, con sus contactos y conversaciones, se llegara a la llamada unión liberal. Este hecho contribuyó a darle a la Reforma, con el aporte de esos votos en la mecánica de su trámite y aprobación, un ingrediente ideológico que, necesariamente, debe tenerse en cuenta para comprender e interpretar esta Reforma (9).

También el trámite de dos legislaturas hizo que para las elecciones de 1968 la Reforma se convirtiera en uno de los temas sobresalientes, si no fue el más importante, de esa campaña. Adquirió entonces el término "desmonte" su generalizado empleo para referirse a ella y, si en el partido conservador un sector la defendió y presentó "la equidad" que en ella se mantenía como garantía, otro sector la combatió por considerarla un perjuicio para los intereses de su partido (10). Y en esas disputadas elecciones, aunque varió notoriamente en la Cámara la proporción de las fuerzas políticas favorables a la Reforma, continuó mostrándose una más acentuada dispersión de los partidos (11).

En los meses posteriores a estas elecciones, el giro que tomaron los debates de la Reforma, la votación negativa una vez, la indisciplina de los partidos, las rebeliones particulares otras, provocaron, en el agitado curso de su tramitación, la renuncia presidencial (12), una crisis ministerial (13), salvadas ambas, lo mismo que otros incidentes menores, por la constante y enérgica intervención política (14).

Promulgada la Reforma a fines de 1968, se había logrado su aprobación gracias a acuerdos de partidos, a convergencias ideológicas, a concesiones, a la incorporación en ella de iniciativas de diverso orígen político. Seguramente ni el Gobierno que la propuso (15) ni los partidos y grupos que concurrieron a su votación no cedieron para aprobarla en nada de lo que consideraron esencial; pero seguramente también quienes concurrieron a esa votación, a no ser que se les atribuya, para usar palabras claras, marcada insensatez o traición, lo que ni siquiera por nadie se ha alegado y se descarta, incorporaron en la Reforma sus propios postulados (16) o parte de ellos (17) o por lo menos, lo que es esencialmente legítimo, no vieron en ella consignados preceptos que fueran contra sus propios intereses, también hablando claramente, que los colocaran en desventaja en el juego político (18).

Este aspecto político es esencial para considerar la Reforma; esta realidad no puede desconocerse al estudiar e interpretar la Reforma, ni en su conjunto, ni en sus artículos ni en la menuda letra de sus incisos.

15. La Reforma en el Congreso.

El Gobierno presentó la Reforma en tres proyectos distintos, el primero en agosto de 1966, el segundo en septiembre de ese mismo año, y el tercero en octubre de 1967. Esos tres proyectos en su segunda vuelta, se unificaron en uno solo.

En ese intervalo durante la tramitación, y la misma unificación así lo demuestra, el Congreso intervino decisivamente. Fue necesario, además de

los que tuvieron propiamente carácter político o fueron su reflejo en las Cámaras, llegar a acuerdos y transacciones entre Gobierno y Congreso o en el seno del Congreso mismo. Por eso muchas de las disposiciones de la Reforma fueron aporte del Congreso y algunas producto, compilación en un mismo artículo se podría decir, de esas transacciones.

Esa intervención del Congreso aparece desde el origen mismo de uno de los proyectos, ya que el Gobierno expresamente dejó para el estudio de las Cámaras algunas cuestiones, que no concretó en fórmulas, pero que estimó, como así fué, que debían ser tratadas y resueltas por el Congreso (1).

Basta, para apreciar los cambios introducidos en el Congreso, anotar que el primer proyecto, en la presentación del Gobierno, tenía 35 artículos y que para la segunda ponencia en la Comisión Primera del Senado se había transformado en 61 normas de carácter permanente y 3 de carácter transitorio (2), y que luego, para una nueva ponencia en la misma Comisión del Senado se comparó lo que había sido aprobado por esa Corporación y "la magnitud de las enmiendas" introducidas por la Cámara (3).

Pero, principalmente, apenas iniciada la legislatura de 1966, se presentó un proyecto integral de reforma constitucional por el H. S. Gómez Gómez elaborado por López Michelsen (4). Este proyecto ejerció, desde el principio una influencia determinante en la que había de ser esa reforma pues por iniciativa de Darío Echandía se convino en la Comisión del Senado que los dos proyectos, aunque se tuviera por referencia el del Gobierno, se discutieran paralelamente. Muchos de los artículos de ese proyecto de López fueron incorporados en el texto definitivo (5), y aunque no es el caso de entrar en detalles, si se debe anotar, por los temas de que hay que ocuparse y en relación directa con ellos, que es clara la influencia de este proyecto en relación a la consideración, reconocimiento y prerrogativas de las minorías.

Pero en un campo más reducido, durante la tramitación, se aceptaron iniciativas que provenían del Congreso y fueron fruto de transacciones. Así lo manifestó el Presidente Lleras (6). Y el mismo Gobierno expresó haber aceptado modificaciones y artículos, aunque podía oponer objeciones válidas, a fín de que la Reforma, con lo que consideraba esencial, fuera aprobada (7). En forma semejante se expresó el Presidente Ospina Pérez (8).

Además de las transformaciones que experimentó el proyecto original, de las concesiones y acuerdos hechos en el Congreso para lograr su aprobación, y que en el fondo son condiciones propias y de la naturaleza de la intervención de un Congreso, y mínimas desventajas de esa intervención, y aún de la democracia representativa, se ha anotado y quedan indicaciones en la crónica de la tramitación de otras concesiones y de modificaciones e inciativas

provenientes de la particular intervención de miembros de las Cámaras (9) que pueden explicar, al estudiar la Reforma, el empleo de términos no muy exactos o del uso de otros diferentes para expresar el mismo concepto, de incisos extraños al cuerpo de un artículo o de contradicciones en un mismo artículo en el que se recojen, por decirlo así, diferentes propuestas (10).

Debe anotarse, como se hizo en el caso de los acuerdos políticos, que tampoco se hicieron transacciones o concesiones, en lo que correspondió propiamente al Congreso y para lograr la aprobación, lesionando cuestiones esenciales como quedó amplia constancia (11), que ni son propias del sistema representativo, ni debe reconocerse, de los gestores y promotores de esta Reforma.

16. El carácter de la Reforma de 1968.

Y ya, llegados a este punto, y en cuanto hace a la esencia de los temas propuestos, antes de entrar en los artículos pertinentes, se deben señalar, y hacerlo con citas para mayor precisión, algunas características y fines que son propios de esta Reforma, puesto que esos artículos no son sino la expresión de esos principios y a ellos deben ajustarse.

El punto de partida se consignó al escribir: "El Frente Nacional nunca se concibió como un fín en sí mismo, sino como un medio para facilitar el retorno pacífico del país a un cabal funcionamiento democrático. Si en la práctica comienza a deformarse, si se muestra impropio para resolver, dentro de la normalidad jurídica, los problemas nacionales, debemos corregirlo, precisamente para salvarlo" (1).

Los fines se concretaron así: "Primero En el aspecto político la transformación busca el gradual y pacífico regreso a la completa normalidad democrática, sin disipar los frutos de convivencia y tolerancia conquistados por el sistema del Frente Nacional. Para tal fín:

a) Propone que partidos distintos al conservador y al liberal puedan presentarse bajo sus propios nombres a las elecciones para asambleas departamentales y concejos municipales a partir de 1970 y a las elecciones parlamentarias a partir de 1974. Esto supone, naturalmente, que la paridad política consagrada para los partidos históricos en esas corporaciones públicas desaparecerá desde las fechas indicadas. Habrá representación proporcional de todas las tendencias políticas y el sistema del cuociente electoral que para ello habrá de aplicarse garantizará mejor que antes la de las minorías.

b) Se atiene a las disposiciones vigentes que prevén para 1974 el fín del sistema de la alternación obligada de los dos partidos históricos en la

Presidencia de la República; pero dispone que la paridad de los dos en los cargos del Gobierno incluídos en la carrera administrativa será obligatorio hasta 1978.

c) Reforma una disposición del Plebiscito en el sentido de que, a partir de 1978, el Presidente de la República no estará obligado a dar representación en el gabinete y en los demás cargos políticos de la administración a todos los partidos, en la misma proporción en que estén representados en el Congreso. Se evita así un Gobierno de gabinete, un verdadero ejecutivo plural que destruiría la esencia del régimen presidencial colombiano. Pero, para buscar hasta el máximo posible que los gobiernos conserven un carácter nacional y no tiendan a consolidar una hegemonía política, se fija como norma al Presidente la de que otorgará representación equitativa a partidos distintos del suyo. De esa manera el Jefe del ejecutivo buscará acuerdos, coaliciones alrededor de programas concretos; pero no se dejará en manos de las minorías oposicionistas el poder de paralizar el funcionamiento constitucional del Estado.

Segundo. En cuanto a las instituciones constitucionales concierne, la política de la transformación busca hacer frente a lo que considera una verdadera crisis del Estado y adecuar la organización de éste al papel que debe jugar en el desarrollo económico y social. Para ello:

a) Propone el principio de que en las corporaciones públicas se decide por simple mayoría absoluta, excepto sobre ciertas materias taxativamente enumeradas. Se devolvería así a esas corporaciones su papel decisorio cuya pérdida conduce fatalmente a que se perturbe la división de funciones entre los distintos órganos del poder" (2).

Y lograda la Reforma se escribió: "No sobra advertir que uno de sus méritos radica en la manera como la Reforma se cumplió, con obedecimiento a los preceptos vigentes, tras amplísimas discusiones, escuchando el parecer de todos los sectores políticos y, no pocas veces, aceptando puntos de vista o aspiraciones de la oposición cuando se encontraron acertados y justos".

Y se agregó: "No se buscó ninguna ventaja política indebida y esto explica el que se hubieran podido salvar las dificultades que, como era natural, surgieron a veces durante el curso de las deliberaciones" (3).

17. Los Concejos Municipales, las Asambleas Departamentales y la Reforma de 1968.

La Reforma de 1968 estableció que en estas corporaciones dejaba de regir la paridad a partir de las elecciones que se verificarán después del 1o. de Enero de 1970, (1) y dispuso que, con excepción de las mesas directivas, las

elecciones de funcionarios que hicieran las corporaciones de elección popular hasta el 19 de julio de 1974 necesitarán las dos terceras partes de los votos de los asistentes, prescribiendo que a las minorías debería darse representación en esas mesas directivas (2).

Dispuso esa misma reforma que corresponde a las Asambleas elegir Contralor Departamental (3), y que son atribuciones de los Concejos elegir Personeros y Tesoreros Municipales y los demás empleados o funcionarios que la Ley determine (4).

Por lo tanto, al establecer en esas corporaciones el pleno juego de la democracia política, con la posibilidad de que sean elegidas y queden integradas por personas de diferentes partidos o movimientos o grupos o sin afiliación de partidos, es de lógica y de necesidad que para el ejercicio de las funciones se recupere la plenitud de las atribuciones.

Por eso esas corporaciones pueden elegir funcionarios sin consideración obligatoria de partido o grupo, movimiento o afiliación política. Sería un contrasentido que se pudiera ser Diputado o Concejal, cualquiera que sea el partido o la afiliación política, y que luego, en el ejercicio de los derechos de ese cargo, en la designación de funcionarios, se recortaran esas atribuciones en beneficio exclusivo de determinados partidos.

Se exige, si, para protección de las minorías, que esa designación requiera una mayoría calificada, los votos de las dos terceras partes de los asistentes.

18. **El Senado, la Cámara de Representantes y la Reforma de 1968.**

En la reforma se dispuso que en las elecciones para Senado y Cámara que se verifiquen con posterioridad al primero de Enero de 1974, dejará de regir la paridad en esas corporaciones (1). Por lo tanto, formalmente, y en la actualidad, el Senado y la Cámara están constituídos paritariamente por liberales y conservadores, y sus miembros fueron elegidos con sujeción a las prescripciones legales que así lo determinaban (2).

Son aplicables a estas dos corporaciones las disposiciones que establecen que para la elección de sus mesas directivas solo se requiere la mayoría de los votos de los asistentes, prescribiéndose la representación de las minorías de esas mesas directivas (3).

Es también de lógica y de necesidad que cualquiera de sus miembros pueda ser elegido a las mesas directivas de esas corporaciones. Sería manifiesto contrasentido que, teniendo las calidades requeridas, se pueda ser elegido y colocado así en condiciones de igualdad con los demás miembros, y que

luego un Senador o un Representante no pueda llegar a una de las dignidades de su propia corporación.

Surge, evidentemente, una dificultad al tratar de determinar como se da aplicación a la prescripción constitucional de que las minorías tendrán representación en las mesas directivas de las corporaciones de elección popular. ¿Se hace referencia a las de los partidos o grupos, movimientos o coaliciones que se presentaron a las elecciones? O a las minorías que se constituyan después de la elección y en el seno mismo de esas corporaciones? Nada, ni en la Constitución ni en la Ley, permite determinarlo (4).

Dispone también la constitución que corresponde a la Cámara elegir Contralor General de la República (5). No hay prescripciones constitucionales, fuera de la paridad y en lo que le sea aplicable tratándose de un sólo funcionario, que determinen el partido político a que debe pertenecer ese funcionario ni prohibiciones en ese sentido. Ha sido costumbre, por la naturaleza del sistema y por las funciones que tiene asignadas, designar por la Cámara un Contralor de partido distinto al de Presidente de la República.

Estas atribuciones, junto con otras que tiene el Congreso y cada una de sus Cámaras, no son, como es sabido, prescripciones aisladas sino que han sido adoptadas progresivamente en la evolución de esta institución. En la clásica división de Poderes le corresponde al Legislativo ejercer el privilegio de dictar las normas que regulan al Estado. Esta atribución, que se logró en una evolución secular, requería, necesariamente, que ese cuerpo de tan inusitadas pretensiones, fuera rodeado de protecciones y garantías y con él sus miembros que ejercían entonces, y aún hoy a veces, tan arriesgada tarea.

Ese proceso, así sintetizado elementalmente, y en su resultado, pasan y lo reciben nuestras instituciones. Por eso se reconoce al Congreso y a cada una de las Cámaras en la Constitución, la ley y sus propios reglamentos entre otras atribuciones la de designar independientemente, por su propia determinación, quienes entre sus miembros son llamados a dirigirlos —a quienes le otorga la dignidad de presidirle—, a quienes escoge desde los más simples empleos hasta los más altos funcionarios que lo representan.

19. La Corte Suprema, el Consejo de Estado y la Reforma de 1968.

La Reforma de 1968 únicamente estableció que la derogatoria o reforma de las normas constitucionales sobre paridad de los partidos liberal y conservador en la Corte y en Consejo exigirá hasta el 7 de agosto de 1978, el voto favorable de las dos terceras partes de los votos de los asistentes en una y otra Cámara (1).

Por haberse ya tratado de la paridad en estos cuerpos establecida en el Plebiscito, y su alcance, nada hay que agregar por ser ésta la única disposición en la Reforma de 1968 sobre esta materia y ser suficientemente clara.

20. El Sistema Presidencial y la Reforma de 1968.

Con la reforma de 1968 se buscó resolver, entre otras cosas, aunque no tenía un carácter inmediato, la situación que se presentaría en el Gobierno en 1974 al tenerle que dar aplicación en esa fecha a la norma del Plebiscito sobre la composición del Ministerio (1).

Se consideró que, sin una modificación los Gobiernos que se constituyeran a partir de esa fecha estarían obligados a dar representación en el Gabinete a la oposición, destruyéndose así el régimen presidencial y la unidad del Gobierno; expresamente, que se pasaría, necesariamente, a un ejecutivo plural o a un régimen de Gabinete (2).

Se partió, para las modificaciones que se proponían, que el sistema presidencial es esencial en la Constitución Colombiana (3), y durante la campaña se señaló, como uno de los fines del Gobierno que se proponía para el 1966, la restauración, "en su fecunda plenitud del régimen presidencial" ya que "Los gobiernos débiles y anarquizados son el preludio de las dictaduras". (4). Luego en el Gobierno, que se adelantaba ciñéndose al régimen presidencial (5), se advirtió, al presentar y analizar la Reforma Constitucional que se proponía, que sería un grave error el debilitamiento de ese sistema o su sustitución por otro (6).

Concluído el trámite de la reforma, y aprobada, se consideró que esos fines se habían logrado (7).

21. El Artículo 120 de la Constitución y la Reforma de 1968.

Estos propósitos y esos criterios se reflejan, obviamente como se ha venido diciendo y repitiendo, en toda la Reforma en su conjunto, pero, particularmente en las modificaciones introducidas al artículo 120 sobre las atribuciones del Presidente de la República como Jefe de Estado y suprema autoridad administrativa, y en forma más expresa en el ordinal primero y el parágrafo de ese mismo artículo; más aún; si no se tienen en cuenta esos antecedentes y esos criterios, junto a simples nociones de derecho constitucional y administrativo, ese artículo y ese parágrafo, en el que más influyeron las distintas circunstancias y contingencias que se han descrito en el trámite de la Reforma, son contradictorios y confusos.

Se dispuso en la Reforma: Artículo 41. El Artículo 120 de la Constitución Nacional quedará así:

"Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

1. Nombrar y separar libremente los Ministros del Despacho, los Jefes de Departamentos Administrativos y los Directores o Gerentes de los Establecimientos Públicos Nacionales.

Parágrafo.

Los Ministros del Despacho serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, pero la paridad de los partidos conservador y liberal en los Ministerios, las Gobernaciones, Alcaldías y los demás cargos de la Administración que no pertenezcan a la Carrera Administrativa, se mantendrá hasta el 7 de agosto de 1978.

Para preservar, después de la fecha indicada, con carácter permanente el espíritu nacional en la Rama Ejecutiva y en la Administración Pública, el nombramiento de los citados funcionarios se hará en forma tal que se dé participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del Presidente de la República.

Si dicho partido decide no participar en el Ejecutivo, el Presidente de la República constituirá libremente el gobierno en la forma que considere procedente.

Lo anterior no obsta para que otros partidos o miembros de las Fuerzas Armadas puedan ser llamados simultáneamente a desempeñar cargos en la Administración Pública.

La reforma de lo establecido en este parágrafo requerirá los dos tercios de los votos de los asistentes de una y otra Cámara".

En primer término, como lo dispone expresamente el ordinal primero, corresponde al Presidente nombrar y separar libremente los Ministros, los Jefes de los Departamentos Administrativos y los Directores o Gerentes de los Establecimientos Públicos Nacionales. Es una prescripción que regula el Poder Ejecutivo y norma que consagra en toda su amplitud el régimen presidencial.

En segundo término, por el primer inciso del parágrafo, taxativamente, el ejercicio de esa facultad presidencial se sujeta a la regla de que la paridad de los partidos conservador y liberal se mantendrá, hasta el 7 de agosto de 1978, en los Ministerios, Gobernaciones, Alcaldías y los demás cargos que no pertenezcan a la Carrera Administrativa.

Se considera que esta nueva norma prescribe esa forma de gobierno nacional que se inició en 1957, norma que la reafirma aún más claramente, y que con la fórmula de la paridad entre los dos partidos, el conservador y el liberal, estableció que ambos quedaron en un pie de igualdad, sin ventaja ni para el uno ni para el otro, pero sin que esa paridad impusiera, en principio, ni la exclusión de los demás ni consagrara un sistema que reservará el Gobierno para esos dos partidos únicamente.

A más de todo lo que se ha venido diciendo, de que no se puede compaginar la finalidad y el propósito que enunciaron los reformadores de constituír gobiernos nacionales, como lo reafirmaron nuevamente en 1968, e igualmente el reconocimiento de las libertades políticas y con ellas el disentimiento, con normas que de manera predeterminada establezcan que el gobierno se constituirá con sólo dos partidos aunque ellos dejen de recoger la opinión y se conviertan conjuntamente en una fracción política del país, está la misma letra de esa norma aprobada en 1968 que contribuye a sustentar y afianzar esta interpretación amplia del criterio de la paridad.

Así si hay que ceñirse a la letra y hay que ajustarse al significado estricto de las palabras, y buscar ese significado en donde se encuentra, en el diccionario, en él se define paridad como "igualdad de las cosas entre sí" (1). En ninguna forma va implícita en esa definición la exclusión. Lo que se exije por este término de paridad utilizado en las normas constitucionales es que las cosas a que se refiere, en este caso los dos partidos, el conservador y el liberal, sean iguales entre sí, equilibradamente, sin que haya ventaja ni para el uno ni para el otro. Por lo tanto, si esos dos partidos quedan en esa igualdad y se mantiene ese equilibrio político entre ambos, nada obsta para que entren al Gobierno miembros de las Fuerzas Armadas, como ha sido hasta ahora, ni tampoco nada obsta, por las normas, para que conservada esa condición de equilibrio entre los dos partidos, puedan entrar al Gobierno miembros de otros partidos distintos al conservador y al liberal.

Pero si hay que seguir con esta exégesis y preferir la letra, ahí está, y en cuanto a la actualidad, lo que dispone en su letra el inciso 4o. del Parágrafo del artículo 120 que se ha venido comentando;

"Lo anterior no obsta para que otros partidos o miembros de las Fuerzas Armadas puedan ser llamados simultáneamente a desempeñar cargos en la Administración Pública".

¿Se puede limitar la expresión "lo anterior" al inciso o a los dos incisos que lo preceden inmediatamente en el Parágrafo; es decir que solo tiene aplicación después de 1978? ¿Por qué? ¿Qué fundamento hay para establecer esa limitación? ¿Quien tiene autoridad para hacerlo?

Eso de una parte, porque de otra, si se acepta esa limitación, es forzoso concluir que ella conduce a que los miembros de las Fuerzas Armadas no pueden ser designados en los Ministerios a partir de 1968 y hasta 1978, y nadie ha pretendido sostener, que se sepa, que en ese intervalo los militares no pueden desempeñar esos cargos ni que por haberlos designado se haya violado o se esté violando la Constitución.

Tampoco puede, por la misma redacción y conjunción que se emplea, desmembrarse este inciso y concluir válidamente que de 1968 hasta 1978 si pueden llamarse a determinados cargos y simultáneamente con los partidos liberal y conservador a los miembros de las Fuerzas Armadas, pero no pueden serlo los de los otros partidos, puesto que lo que es aplicable por esa norma a los unos lo es igualmente a los otros, regulación que conduce, necesariamente, a que el término usado para fijar la relación que debe existir entre los dos partidos tradicionales, la paridad, no tiene un sentido excluyente y restringido sino que en la composición del Gobierno permite, por lo menos después de 1968, que en su integración concurran miembros de las Fuerzas Armadas y de los otros partidos.

Por último, que la paridad de los dos partidos conservador y liberal no tiene un carácter excluyente, más que la letra, lo demuestra un examen de la Reforma de 1968. Por ella la distribución por mitad de los puestos en Concejos y Asambleas terminó en 1970 y en el Congreso terminará en 1974. Igualmente la alternación obligatoria de los dos partidos tradicionales en la Presidencia de la República terminará en 1974. La paridad de los dos partidos en la Rama Ejecutiva, por esa misma Reforma, se prorroga hasta 1978. Es decir, para 1974 queda reabierto el juego de la democracia política, libre, plenamente. Puede así, constitucionalmente, en esa fecha, quedar constituídas todas las corporaciones de elección popular —Concejos, Asambleas, Cámaras— con mayorías que no pertenezcan al partido liberal y conservador y, constitucionalmente, puede elegirse en esa misma fecha a la Presidencia de la República una persona que pertenezca a cualquier partido político.

Si se reconoce, constitucionalmente, que esas corporaciones queden integradas con mayorías que no pertenezcan a los dos partidos tradicionales, y que para ello existan en el país fuerzas políticas con esa capacidad electoral y con ese predominio en la opinión pública, y se sostenga que al mismo tiempo se le exije a ese Presidente, constitucionalmente, que tiene que formar su Gabinete y con él toda la Rama Ejecutiva, obligatoriamente, únicamente con miembros de los partidos liberal y conservador, de partidos que por una u otra causa perdieron las mayorías de las corporaciones y no pudieron elegir Presidente, y por lo tanto constituír y adelantar el Gobierno con exclusión de todos los demás, inclusive con exclusión de las fuerzas

políticas que obtuvieron el predominio de las corporaciones y llevaron ese mismo Presidente al poder, esas disposiciones carecen de coherencia y de sentido.

A no ser que, forzando entonces si la letra, y más que la letra lo que es una Constitución con el profundo significado que tiene su vigencia y permanencia, se decida que la posibilidad de esa situación fue prevista y propiciada por la misma Constitución y que llevaría, si se presentaran esos hechos y se acogiera esa interpretación, necesaria e ineludiblemente, por la realidad y la imposición imperiosa de las cosas, a un rompimiento constitucional. Y no es propio de las Constituciones imponer en ellas mismas condiciones que, según sus propios preceptos, pueden conducir a un rompimiento de la Constitución; claramente; no es propio de una Constitución consignar en ella misma el absurdo dilema entre la imposibilidad de gobernar o el golpe de estado.

Por eso, consideradas todas las posibilidades que contempla la Constitución, esa paridad interpretada con un sentido excluyente carece de lógica, y por lo menos hay que admitir que las Constituciones son o deben ser construcciones lógicas e interpretarse lógicamente.

22. **Unidad de Gobierno y coherencia de la Administración.**

La Constitución Colombiana acoge el régimen presidencial. La del 86 así lo determinó. Las reformas sucesivas, la del año 10, la del 36, la del 45, lo mantuvieron. Las divisiones que suscitaba ese sistema han desaparecido, y quedan como recuento de la historia o de la crónica. En la conciencia colectiva, hasta donde exista esa entidad y tenga permanencia, o al menos hoy, ese sistema presidencial no es discutido ni rechazado, no se propone su sustitución por otro o siquiera su modificación.

Ese régimen no se varió en el Plebiscito. Eso manifestaron quienes redactaron ese estatuto: "Se conserva al principio de que el Presidente de la República elija y separe a sus Ministros libremente, pero se le impone la obligación de que los seleccione entre todos los colombianos conservando la proporción en que estén representados los partidos en las Cámaras Legislativas. Esta obligación no está sujeta a consultas ni a limitaciones impuestas por el Congreso, ni el Presidente ha de dar representación a tendencias o grupos dentro de cada partido, sino a los partidos, y de acuerdo con su mejor criterio" (1).

Y esa es la esencia del sistema presidencial: la facultad del Presidente de la República de elegir y separar libremente sus ministros. Se ha argüido, sin embargo, que para 1974, si el Plebiscito no se hubiera modificado, ese

elemento fundamental e indispensable hubiera sufrido mengua, y con él el sistema mismo, al imponerse al Presidente la obligación de dar en el Ministerio participación a los partidos políticos en la misma proporción en que estuvieran representados en las Cámaras.

Anticipándose a esa eventualidad, como lo dijeron, se reformó en ese aspecto en 1968 el Plebiscito, y, como también lo expresaron, se restauró en su fecunda plenitud el régimen presidencial.

En la Reforma de 1968, y de ese año hasta 1978, se reafirmó y consignó la facultad del Presidente de nombrar y separar libremente a los Ministros, con la condición de que se mantuviera la paridad en esos y otros cargos de los dos partidos, el conservador y el liberal. A partir de ese año, de 1978, la paridad es reemplazada por la participación adecuada y equitativa del partido mayoritario distinto al del Presidente, recuperando el Presidente la Facultad de constituír libremente el Gobierno si ese partido decide no participar.

La diferencia que se establece para 1978 es que antes de esa fecha los partidos conservador y liberal deben estar colocados en situación de paridad, de equilibrio entre ellos dos; no puede haber, si de eso se trata, mayor número de Ministros liberales que conservadores o al contrario. Después de 1978, desaparece la paridad, y, si no se niega a participar, al partido mayoritario distinto al del Presidente se le debe dar una participación equitativa y adecuada.

Los otros partidos o los miembros de las Fuerzas Armadas, y expresamente después de la Reforma del 68, pueden formar parte de la Rama Ejecutiva; antes de 1978 esa participación podía, y si así se decidía, debía hacerse en tal forma que con ella no se menoscabara la paridad de los dos partidos; después esa participación de los otros partidos, como la de todos, debe ser una participación adecuada y de equidad, a fín de que se conserve el espíritu nacional en la Rama Ejecutiva. Así, para concretar más, si se trata de miembros de las Fuerzas Armadas, el Presidente puede no nombrar o designar uno o varios Ministros que pertenezcan a esas Fuerzas Armadas pero siempre conservando en el resto de los Ministerios la paridad entre liberales y conservadores; después de 1978, si quiere nombrar Ministros a miembros de las Fuerzas Armadas no está sometido a esa prescripción de la paridad.

Y lo mismo, pues las disposiciones constitucionales son idénticas para ambos después de 1968, en relación a los otros partidos, a partidos distintos del liberal y conservador.

Pero, precisamente por ser un régimen presidencial, la unidad del Gobierno, en sus programas, actuaciones y realizaciones le corresponde darla al

Presidente de la República. Para que sea efectiva esa unidad, y es la única manera de lograrlo, se le deja al Presidente constitucionalmente la libertad de nombrar a sus colaboradores políticos; nada lo obliga, dentro de ese sistema presidencial, antes de 1978, a escogerlos o rechazarlos por pertenecer a determinado grupo o tendencia de uno de los partidos, y únicamente se le exige que los dos partidos, el conservador y el liberal, queden en situación de equilibrio; como nada lo obliga, constitucionalmente, a que acepte o rechace a miembros de las Fuerzas Armadas para la conformación del Gabinete y de la Rama Ejecutiva o tenga que hacerlo en determinada proporción; como tampoco nada lo obliga, constitucionalmente, conservando la paridad entre los dos partidos tradicionales, a que acepte o rechace la participación de miembros de otros partidos o movimientos o tendencias para la integración de esa Rama Ejecutiva.

Si esas normas implantan el sistema presidencial, y permiten una unidad en programas y realizaciones más o menos acentuada según la modalidad de los distintos Gobiernos, la coherencia en la Administración Pública y en todo el Estado la impone la Constitución en su Artículo 65 al establecer que "Ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir con los deberes que le incumben".

Por esa prescripción, si no se rebaja hasta una simple formalidad, y para eso seguramente no se llevó a la Constitución, fuera de comprometerse a cumplir los deberes del cargo que va a ocupar, el funcionario se somete, más que cualquiera otra persona, a la Constitución se obliga a sostenerla y defenderla,

y a respetar, por lo tanto, la estructura y organización del Estado.

Es evidente que esta obligación de sostener y defender la Constitución varía con los cargos, con su categoría y por lo tanto con las personas que los desempeñan, que la modalidad y las exigencias son distintas, y que no el mismo el compromiso que adquiere, para dar un ejemplo, ese escribiente que Caro traía a cuento en otra materia y un Magistrado.

Es cierto también que tanto el funcionario como el ciudadano o la persona común pueden estar en desacuerdo y disentir de la estructura y organización del Estado, ser conscientes de sus deficiencias e injusticias, y desear el cambio de esas condiciones. Para el uno y para los otros pensarlo y crearlo así está garantizado en la misma Constitución por la libertad de conciencia. Pero a uno, al funcionario, le está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas. Si no puede conciliar ese descontento con el Estado al que se ha puesto a su servicio, debe renunciar a ese servicio; si se contraponen irreconciliablemente esas dos lealtades, la de

las ideas que se profesan y la del Estado al que se sirve, no se puede ser funcionario del Estado. Todos, cualquiera que sea el partido o fracción o movimiento a que pertenezcan, sin distinción, pueden en condiciones de igualdad acceder al servicio del Estado. Y todos, mientras no se cambie y se obedezca la Constitución, cualquiera que sean sus ideas, pueden estar al servicio del Estado. Se les exige, si, mientras estén al servicio de ese Estado, lealtad al Estado, a su Constitución; que no desarrollen actividad de partido o se comprometan en controversia política; que su cargo no lo utilicen para defender un partido que busque el predominio en ese Estado o, al contrario, no lo pongan al servicio de un partido para destruir u obstaculizar ese mismo Estado.

23. **Recapitulación.**

Llegados a este punto es conveniente hacer una recapitulación de lo tratado antes de pasar, por último, al cuestionario de la Honorable Cámara de Representantes.

Se comienza por considerar que nuestra Constitución en su conjunto, y si hubiera necesidad de clasificarla según las distinciones usuales, tendría que ubicarse dentro de las que son propias de las llamadas democracias políticas.

Esta orientación es característica de la del 86 y la conservan y amplían las reformas sucesivas, en un tránsito que, en sus modalidades y expresiones, es adjetivo en relación a este principio, principio que en su esencia se concreta en atribuír al poder un orígen popular –ajustado a la concepción que hace de la Nación titular de la soberanía. Ese fundamento del poder impregna, por decirlo así, la Constitución, toda en su conjunto, en la estructura del Estado y en cada una, sin excepción, de las instituciones que crea, organiza y regula.

En 1957 expresamente, que la Reforma de 1968 corrobora también expresamente, y no porque las normas anteriores lo impidieran o no estuvieran en ellas implícito y no se hubiera propuesto o ejecutado en la práctica, sino por la historia de años anteriores que había presenciado otro enfrentamiento violento y desgarrador las normas imponen los gobiernos "nacionales": se entiende por esta modalidad, en grandes líneas, desterrar, como se escribió entonces, los gobiernos de "hegemonía", el total predominio, en la división política, de una fracción que tiene y usufructúa el poder y utiliza el gobierno en su propio provecho, exclusivamente según sus convicciones y exclusivamente con sus fieles.

Era, como queda escrito, un reconocimiento de la legitimidad y los fueros de la oposición y, cierto también, de los del gobierno. Pero se hizo énfasis en las prerrogativas de la oposición como se manifiesta en los documentos y se

trasluce en las normas porque en ese medio siglo a diferencia de lo que sucedía antes del estatuto del 86, no se buscaba contener los excesos de la libertad sino los excesos del poder, y así de garantizar a quienes, con los cambios y vicisitudes políticas, pasaban a constituír la oposición y a ser considerados como minorías.

En desarrollo de esa concepción y en el terreno político se estableció en la Reforma de 1957 que los puestos del Congreso se adjudicarán por mitad a los partidos conservador y liberal y que en la Rama Ejecutiva se reflejará equilibradamente la composición política del Congreso. Por esa misma Reforma se dió a los dos partidos políticos la responsabilidad del gobierno; al establecerlo así se reconoció la función que les corresponde a los partidos en la tarea de gobernar, como canal de la opinión e intermediarios en el gobierno y se prescribió un régimen civil: a las Fuerzas Armadas, que podían ser llamadas a cargos en la Administración, se les dió esencialmente la tarea tradicional de preservar las fronteras, y, en el interior, mantener el orden y guardar la legitimidad.

Estableció igualmente esa reforma de 1957 la Carrera Administrativa para evitar que en adelante la Administración se convirtiera en botín de partido y las posiciones burocráticas en pretexto de violentos enfrentamientos entre facciones; con ella buscando igualmente la tecnificación de los servicios del Estado, prescribió a sus funcionarios que les estaba prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y que la filiación política no podía determinar ni el nombramiento, ni la promoción, ni la destitución. La Carrera, aplicada con otras disposiciones de la Constitución que continuaban vigentes (artículo 15) abría el acceso a la Administración para todos, sin distinción de partido.

También en esa Reforma, por la paridad que prescribió para la Corte Suprema y Consejo de Estado, el carácter vitalicio de sus Magistrados y el sistema de la cooptación para su designación, junto con la Carrera Judicial, le dió a la justicia una estructuración que la colocaba por fuera de la política, entendiéndose por tal que los jueces y sus actuaciones no quedarían sometidos a los partidos, a su influencia y a sus vicisitudes y querellas.

Llegados a este punto se pueden hacer algunas observaciones: la primera, que por las mismas normas de la Reforma, algunas de sus modificaciones, las que hacen relación al aspecto político y se concretan a la distribución por mitad de los puestos del Congreso y su reflejo en la Rama Ejecutiva, tienen un carácter transitorio, originalmente hasta 1968; y que las que hacen relación a la Administración y a la Justicia no tienen ese límite en el tiempo. Así la paridad en Congreso y Ejecutivo termina después de ese período, de la tregua como se le llamó, para que reinicie después, con otras características, la lucha entre los partidos, libremente, con el fin que es de la naturaleza de la

política; la búsqueda y logro del poder. No así ni en la administración ni en la Justicia; en ellas no debía volver a intervenir la política. Esa característica, finalidad que busca imprimirles la Reforma, debían adquirirla en forma permanente, definitiva. Por eso si en la compilación constitucional quedaron normas que se oponen a estos principios y a esa finalidad, y a las prescripciones que los formulan, debe considerarse que perdieron, en la Reforma de 1957, su vigencia.

Otra observación que cabe hacer es la de que si las soluciones políticas fueron, en cierto sentido, originales, propias de quienes hicieron la reforma, ideadas y acogidas para resolver una situación política concreta, aunque es claro que tienen antecedentes en otros períodos de radical enfrentamiento de partidos, en lo que hace relación a la Administración y a la Justicia, en darles eficiencia e imparcialidad y para ello evitar la interferencia de partido, era objetivo que no había sido expresado ni era patrimonio de una época, de un partido o grupo, sino que era común, que había buscado lograrse en distintos y contrapuestos regímenes y con sucesivos ensayos y aproximaciones. En ese sentido la Reforma de 1957 no hizo sino incorporar una aspiración nacional.

Igualmente debe observarse que la Reforma al darle a los dos partidos tradicionales el gobierno y su responsabilidad, la Administración y la Justicia, lo hizo no con un criterio excluyente sino por que ambos, prácticamente, conformaban la totalidad de la opinión; y al ajustarse a esa realidad esas instituciones adquirían así un carácter nacional.

Si con el tiempo cambiaba esa realidad política, y esos dos partidos pasaban en su conjunto a ser sólo una fracción del cuerpo político, no puede interpretarse esa paridad en forma exclusiva, pues de hacerlo así ella se convertiría en mecánica artificial y en privilegio que no tendría sustento ni en los fines de la Reforma ni en el fundamento democrático de la Constitución.

Estas consideraciones no son ajenas a la Reforma de 1968 cuyo objetivo en el campo de la organización política fue, primordialmente, buscar un tránsito del régimen del Plebiscito a la plena normalidad de la democracia política.

Por eso ella reabrió, en primer término, la disputa entre los partidos para la integración de las corporaciones de elección popular –para Concejos y Asambleas a partir de 1970, desde 1974 para Congreso.

Al adquirir esa nueva conformación es de lógica que en las dos primeras corporaciones, Concejos y Asambleas, sus miembros tengan las atribuciones que les son propias, sin ninguna restricción por consideración de partido. Por

eso, tanto sus dignatarios como los funcionarios que les corresponde designar pueden ser de cualquier afiliación política.

Para el Congreso la distribución por mitad termina en 1974. Formal y legalmente en la actualidad está integrado por liberales y conservadores. Y es de lógica también que cualquiera de sus miembros tiene categoría y prerrogativa iguales a quienes como él fueron elegidos y puede, por lo tanto, ser designado para presidir esas corporaciones. Tanto esta atribución como la de elegir estas corporaciones a quienes las representan y las sirven, son fueros que se les reconocen pues con ellas se preserva su autonomía e independencia.

Principalmente fue preocupación que condujo a la Reforma del 68 la disposición del Plebiscito que conducía, al terminar el período transitorio que fijaba, a imponer en la práctica una modalidad de régimen parlamentario con el consiguiente debilitamiento del sistema presidencial, al determinar que el Ministerio debía integrarse en la misma proporción en que estuvieran representados los partidos en las Cámaras.

Para evitarlo se modificó sustancialmente esa disposición y en las nuevas regulaciones, debido a su importancia y al procedimiento constitucional de la Reforma, confluyeron y se manifiestan en ella distintas tendencias y orientaciones debido a la composición del Congreso, con su dispersión de partidos y tendencias.

La nueva fórmula de la paridad que trae esta Reforma, más acentuadamente que en 1957, no tiene un sentido excluyente. A más del fundamento democrático de la Constitución y del propósito de establecer gobiernos nacionales, corrientes en las que se inscribe la Reforma, la letra misma utilizada en las normas suministra razones para considerarlo así.

De una parte, el significado estricto del término utilizado, paridad, que en relación a la política y a este caso no implica exclusión de los demás sino igualdad de los dos partidos, el liberal y el conservador, y, de otra parte, el inciso del parágrafo del Art. 120 que prescribe que lo anterior, es decir esa paridad, no obsta para que miembros de las Fuerzas Armadas o de otros partidos puedan ser llamados a cargos en la Administración Pública.

Esta interpretación de la paridad en sentido amplio, y que conduce a que la oposición puede llegar al Gobierno, en vez de ser contraria al régimen presidencial que este artículo 120 precisamente consagra al consignar la prerrogativa que lo caracteriza– la atribución del Presidente de nombrar y separar libremente los Ministros y otros funcionarios– se ajusta a él y a la Reforma de 1968, ya que amplía aún más el radio de acción del Presidente.

Pero es evidente también que estos mismos principios y normas, con la paridad a que debe sujetarse el Presidente en sus nombramientos, le fijan un límite a las atribuciones presidenciales.

En este aspecto cabe hacer dos observaciones complementarias: una, que la paridad que se prescribe en una relación que debe establecerse entre los dos partidos como tales, no entre miembros de uno y otro, diferencia aparentemente sutil pero que fue enunciada en el curso de la Reforma de 1968, y que permite al Presidente, sin menoscabar la unidad ni interferir en la organización de esos partidos, escoger sus colaboradores y darle estructuración programática al Gobierno e imprimirle su orientación.

La observación en relación a la paridad se sustenta en que esa participación de los partidos conservador y liberal en el Gobierno que prescribe la Constitución correspondió políticamente, en las Reforma de 1957 y 1968, a la opinión que sustentaba a esos dos partidos y que se reflejaba en los resultados electorales, conformidad y relación entre los textos y los hechos que permitiría afirmar que esos dos partidos no usurparon posiciones que la opinión, libremente, no les hubiera otorgado y que les corresponden en una democracia política cuyo principio esencial, es bien sabido, consiste en último término en que la autoridad proviene y reposa en el apoyo popular y cuyos mecanismos de gobierno, precisamente por ese fundamento y cuando tienen origen y función política, se adjudican y distribuyen según el volúmen de las fuerzas políticas.

Se anota que a esa participación de la oposición se ha hecho referencia en esta respuesta a la Consulta como una posibilidad institucional. Las normas prescriben hasta 1978, si a eso se concreta, gobiernos de coalición. Pero son coaliciones de un género particular. No tienen institucionalmente un carácter rígido, como hubiera sido al mantenerse la norma plebiscitaria con la integración proporcional del Ministerio según la composición del Congreso, ni como en los regímenes parlamentarios que exigen en la composición del Gobierno una dosificación por partidos con la que se obtenga en su conjunto una mayoría en el Parlamento. Las normas aprobadas en el 68 prescriben una coalición a la que deben entrar los partidos tradicionales paritariamente, en el sentido de equilibrio entre ambos, y a la que pueden concurrir otros partidos. Dentro de esa regulación institucional queda la amplia libertad del Presidente y lo que indiquen las conveniencias de la práctica política. Y a más de esta obvia distinción entre instituciones formales y práctica, se ha hecho hincapié en que el llamamiento para formar parte del Gobierno a la oposición, al partido o partidos que la conformen, es según las normas, una posibilidad. Y si se ha insistido es porque se considera que no es superfluo ni mera abstracción que un régimen le otorgue a la oposición la posibilidad de ser gobierno, al contrario: es presupuesto que caracteriza y define un sistema

político, que lleva e implica el reconocimiento de libertades y garantías, derechos y obligaciones, y que en la práctica contribuye eficazmente a moderar al gobierno y a moderar a la oposición.

Así, si en la Constitución se reconoce que todos en condiciones de igualdad tienen derecho de entrar al servicio del Estado, en ella, paralelamente, se prescribe que quien entra al Gobierno y en general al servicio del Estado se compromete a ser leal a los fundamentos de ese Estado. Por fuera, del Gobierno, si se quiere, está el ejercicio de la oposición; pero las prerrogativas de la oposición, que la democracia política reconoce y puede reclamársele, tienen como contrapartida que esa misma oposición, en su actividad y propósitos, se acomode y reconozca esos principios esenciales de la democracia política.

En algunas etapas de la historia colombiana, para superar la turbulencia de sus crisis, se ha buscado regular las instituciones con una Constitución que sea convergencia y expresión de un acuerdo nacional. Es evidente que, en lo político, esa aspiración se logra cuando esas normas e instituciones no son en su elaboración producto de la imposición ni consagran privilegios para unos en detrimento de otros ni establecen discriminación entre los integrantes del cuerpo de la Nación. A la Reforma de 1968, que se inscribe en las instituciones de 1957 y ambas en la Constitución del 86 cuyas modificaciones y el tiempo transcurrido desde su expedición han hecho que pase de controvertida a convertirse en regulación reconocidamente aceptada, se les atribuyen esas características de ser un estatuto nacional que proviene de un acuerdo y, como tal, consagra para todos, sin privilegios ni exclusiones, la igualdad política.

Así lo escribió el Presidente Lleras Restrepo en su mensaje al Congreso de 1969 al referirse a esta Reforma cuando expresó en uno de sus apartes que "Tenemos una Constitución verdaderamente Nacional, no una Constitución que haya sido fruto de la imposición partidaria" y en otro aparte al manifestar que "Sin exageración puede afirmarse que la Carta deja ampliamente abiertos los caminos para una pacífica evolución del país, dentro del respeto a los derechos civiles y políticos de todos los Colombianos".

24. El Cuestionario de la Honorable Cámara de Representantes.

En cuanto al cuestionario de la Honorable Cámara de Representantes, por lo expuesto y lo considerado en general y con las observaciones hechas sobre cada uno de los temas, se responde:

1. "Si antes del 7 de agosto de 1978 personas afiliadas a partidos distintos del

Conservador y del Liberal pueden ocupar cargos en los Ministerios, las Gobernaciones y las demás posiciones de la Administración que no pertenezcan a la Carrera Administrativa".

Si pueden.

2. "Si antes del 7 de agosto de 1978 personas no afiliadas a los partidos Conservador y Liberal pueden ocupar cargos en las Contralorías, Personerías, Tesorerías Departamentales y Municipales y en la Contraloría General de la República e Institutos Descentralizados nacionales, departamentales y municipales.

Si pueden.

3. "Si el término "Administración" a que se refiere el parágrafo del artículo 120 de la Constitución Nacional comprende todos los cargos que no pertenezcan a la Rama Legislativa y Judicial del Poder Público.

Si, lo que no está comprendido en la Rama Legislativa y Judicial corresponde a la Administración.

4. "Si la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, conforme al texto del inciso 5o. del artículo 136 de la Constitución y el texto del inciso 4o. del artículo 149, son paritarios indefinidamente, o, si por el contrario, su conformación paritaria tiene límite en el tiempo.

La Constitución no fija límite en el tiempo, entendida la paridad en el sentido y alcance adoptado en el texto de la Consulta.

5. "Si personas pertenecientes a partidos políticos distintas al conservatismo y del liberalismo, de acuerdo con la Constitución Nacional, pueden ser elegidos dignatarios del Senado y de la Cámara de Representantes en el actual período legislativo, es decir, antes de 1974.

Si pueden.

6. "Si de acuerdo a la Constitución Nacional en la Rama Jurisdiccional del Poder Público se pueden nombrar personas afiliadas a partido o partidos distintos del conservatismo y del liberalismo antes del año de 1978.

Si pueden.

7. "Si conforme al texto del artículo 173 de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia al integrar los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, el Presidente al nombrar Fiscales de Tribunales, el Procurador al nombrar Fiscales de Juzgados deben darle inmediata aplicación a dicho artículo o, si por el contrario, es preciso esperar a que el Congreso expida la Ley que reglamente la manera de hacer la respectiva elección para poder aplicar el mencionado artículo 173 de la Carta.

No se considera que ese artículo tenga vigencia.

8. "Si el artículo 173 de la Carta es aplicable a los Jueces Superiores de Circuito Municipales y de Instrucción, Penales, Civiles y Laborales, o si por el contrario, la paridad política rige para estos funcionarios y hasta cuándo".

Como en la respuesta anterior no se considera que el artículo 173 esté vigente y en cuanto a los Magistrados de Tribunal y los Jueces están sometidos a la Carrera Judicial.

Del señor Ministro atentamente,

Mario Latorre Rueda – Alberto Hernández Mora.

NOTAS

CAPITULO I

EL CONSEJO DE ESTADO Y SU FUNCION CONSULTIVA

1. Constitución Nacional artículos 136 y ss., C.C.A. artículos 23 y ss.

2. Manuel Antonio Pombo y José Joaquín Guerra, Constituciones de Colombia, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Bogotá 1951, tomo III, Pág. 10. En adelante se citará como Pombo y Guerra.

3. Pedro A. Gómez Naranjo. El Consejo de Estado, estudio sobre su organización en Colombia, Bogotá, Imprenta Nacional, 1934, pág. 17.

CAPITULO II

LAS INSTITUCIONES DE 1957

1. Se discute si un Poder Constituyente instituído puede cambiar los preceptos que provienen y se concretan en la filosofía política que es fundamento de la Constitución y por lo tanto de ese poder constituyente. Ver para Colombia *Guillermo Hernández Rodríguez* "La alternación ante el Pueblo como constituyente Primario". 1962.

2. Declaración de Benidorm, Laureano Gómez y Alberto Lleras; Manifiesto Conjunto de los Partidos Liberal y Conservador (Pacto de Marzo), Dirección Nacional Liberal y Dirección Nacional Conservadora; Pacto de Sitges; Laureano Gómez y Alberto Lleras; en Por qué y Cómo se forjó el Frente Nacional, Bogotá, Julio 20 de 1959, Imprenta Nacional, págs. 12 y ss., 16 y ss., 31 y ss. En adelante se citará Por qué y Cómo.

Nota: Aunque puede que no sea frecuente en las consultas de la Sala hacer referencia a documentos políticos, es absolutamente imprescindible hacerlo en este caso. Se advierte nuevamente, eso sí, que aunque muchos de ellos pudieron tener, o tienen aún, carácter polémico sólo se traen a cuento por ser necesarios para la comprensión jurídico-política de estas materias de una parte y que de otra citarlos no indica necesariamente su aceptación o que se acepta la conformidad de los hechos con lo que ellos se expresa.

3. Anales de la Comisión Paritaria de Reajuste Institucional, págs. 85 y ss. De ahora en adelante se citará como Paritaria.

4. De la exposición del H. D. Antonio Rocha en la Comisión Paritaria :

"El reconocimiento en serie, y casi tan rápido como el término de la distancia, por parte de los gobiernos extranjeros respecto y a favor de la Junta Militar, se produjo por sus calidades internas y externas de los gobiernos llamados de facto, *o sea de los que, en términos comunes, surgen en un país con violación de las normas constitucionales; así se llama no sólo al que se establece sino al que se mantiene con violación de esos preceptos. El reconocimiento es necesario para el gobierno que surge, para el "nuevo" gobierno, pues aunque viene también a ser de facto,.según el Derecho Internacional, el que habiendo sido constitucional viola la norma durante su ejercicio, este no suscita la necesidad de reconocimiento –según los tratadistas, según la práctica internacional, según el derecho panamericano (en eso ya codificado), gobierno de facto es el que se constituye por sí mismo, prescindiendo del mecanismo legal, o que se mantiene y hace valer por sí mismo, proporcionalmente a su fuerza, independientemente el derecho (sic) o también encontrarse con él (. . .) No se tengan mis palabras como despectivas para el Gobierno formado por la Junta Militar. Las calidades que he destacado son aplicables al género de gobiernos llamados "de facto", es decir de hecho y por los hechos, así sean indoamericanos, americanos o asiáticos, o africanos o europeos. (. . .) De otro lado, gobierno de facto no significa por sí gobierno "ilegítimo". Para el Derecho Internacional tan legítimo es un gobierno de* facto *como un gobierno* de iure. *El vicio de inconstitucionalidad interna se resuelve con remedios internos". (. . .)*

Y en otro párrafo:

"Primera. *El 10 de mayo de 1957 culminó con éxito una revolución popular, pasiva y pacífica, que produjo un cambio en las instituciones políticas de la Nación; el Gobierno Ejecutivo y la Asamblea Nacional Constituyente.*

Más exactamente, el pueblo consumó una contrarrevolución, es decir, en contra de la revolución de la A.N.C. y el Presidente de la República habían desatado contra las clásicas instituciones políticas colombianas, pues lo que el pueblo hizo presente fue su voluntad de volver a la normalidad jurídica institucional.

"Segunda: *Al culminar esa contrarrevolución, el nuevo Gobierno no fue el previsto en los textos legales entonces vigentes, que habría dado lugar a la posesión de la Presidencia por el último Ministro de Gobierno (. . .)". Paritaria, págs. 17 y 18.*

5. Informe rendido a la Comisión de Reajuste Institucional, José Antonio Montalvo y Carlos Lleras Restrepo en "Hacia la Restauración Democrática y el Cambio Social", Tomo I 1955–1961, Bogotá, 1963, págs. 89 y ss.

6. Políticamente, precisamente por oponerse al Plebiscito, se puede citar a Gilberto Alzate Avendaño, Lo popular en la política, en "El Pensamiento Vivo de Alzate Avendaño", segunda edición, Fondo Nacional Conservador, 1971, págs. 99 y ss.

Jurídicamente, Alberto Hernández Mora, "El Plebiscito una solución Nacional", No. 1, Fundación Universidad de América, 195 en general. Y en cuanto a gobierno de hecho y Constitución basta transcribir: "El Gobierno de hecho se forma fuera de las reglas constitucionales, contra lo dispuesto en la misma Constitución como origen de la autoridad, y en consecuencia no se puede hablar a la vez de gobierno de hecho y de Constitución vigente. Son dos nociones que se contraponen". Pág. 26.

Y Luis Carlos Sáchica: "Democrático ó no, el problema jurídico que plantea el acto Plebiscitario de 1957 es la admisión de un procedimiento revolucionario, no normalizado constitucionalmente en nuestro sistema, para producir una enmienda constitucional, estando vigente una manera especial de reforma en el estatuto vigente. No se discute la bondad intrínseca, la conveniencia y necesidad de los principios postulados en el acto reformatorio. Es la ruptura del orden vigente, por un modo excepcional no previsto en él, con la colaboración de la nación, representada en el cuerpo electoral, pero no por iniciativa original de ese pueblo", en Constitucionalismo Colombiano, Bogotá, 1962, págs. 84 y 85.

CAPITULO III

DE LA CONSTITUCION DE 1886 a 1947

1. "La Constitución Política de Colombia es la de 1886, con las reformas de carácter permanente, introducidas hasta el Acto Legislativo número 1 de 1947 inclusive, y con las siguientes modificaciones":

CAPITULO IV

NUEVAS RELACIONES ENTRE LOS PARTIDOS

1. Prorrogada por Acto Legislativo No. 1 de 1959.

2. El Presidente Eduardo Santos manifestó: "Es conveniente dar mayor estabilidad al Plebiscito en cuanto a las futuras elecciones, precisamente para que no se pueda creer que los partidos traten de ejercer un monopolio. (. . .) No dar la totalidad de los puestos a un solo grupo (. . .). Creo que eso eliminaría una de las censuras que se pudieran hacer a este plebiscito, de que él tiende a darlo toda a las

mayorías con mengua de las minorías, que se va a crear una exclusividad en favor del frente Cívico; que las minorías van a verse privadas de la manera de expresar sus derechos, como decía el doctor López Michelsen". Paritaria pág. 109.

3. En ese sentido: pacto de marzo, por qué págs. 22, 23, 26; Sitges. pág. 35. Y el Ministro de Minas y Petróleos, Turbay Ayala: "Bien vale la pena que esta Comisión se detenga a estudiar las inconveniencias que ofrece el gobierno de secta, aquel en el que media República, por quedar excluída de sus derechos, se siente inclinada a separarse también de sus deberes. (. . .) no es posible revivir el gobierno excluyente, sino que él ha de quedar sepultado entre las ruinas que su ejercicio mismo determinó" (Paritaria págs. 5 y 6).

Más tarde en la misma Comisión el Presidente Lleras Camargo refiriéndose a las propuestas del Presidente López a la Convención de Medellín: "(. . .) existencia de acuerdo entre los dos partidos que llevará a las instituciones nacionales fórmulas que garantizarán suficientemente que no habría un regreso a las formas hegemónicas de dirección de la Nación Colombiana desde el Gobierno" (Paritaria pág. 78).

Y en la exposición de motivos al Plebiscito: "Esta reforma que está destinada a hacer imposible la hegemonía política en la Rama Ejecutiva (. . .)". Paritaria, pág. 86.

CAPITULO V

GOBIERNO Y OPOSICION

1. *Por qué y Cómo Página 10.*

2. *Carlos Lleras Restrepo, "De la República a la Dictadura" Págs. 241 y ss.*

3. *Laureano Gómez, "Desde el Exilio", Pág. 13 y ss. pág. 79 y ss.*

4. *Alfonso López, Mensajes al Congreso 1936, 1938.*

CAPITULO VI

LA NACION Y LA OPINION Y LOS PARTIDOS POLITICOS

1. *Pacto de Marzo, en por qué y cómo pág. 22.*

2. *Pacto de Marzo, en por qué y cómo pág. 24.*

3. *Paritaria, págs. 85 y 96*

4. *Paritaria, págs. 96 y ss.*

5. *Elecciones de 1974: porcentaje de la votación liberal y conservadora sumadas*

99.12o/o; porcentaje de Socialista y Frente Popular sumados 0.88o/o.

Elecciones de 1949; Porcentaje de la votación liberal y conservadora sumadas 99.57o/o; porcentaje Comunista y otros sumadas 0.42o/o.

6. Planteada por López Michelsen, Paritaria, pág. 109.

7. Paritaria, pág. 109.

CAPITULO VII

GOBIERNO DE COLABORACION

1. Presidente López: "La colaboración sin bases conocidas es, en mi concepto, un tema de discusión académica, como el de la inmortalidad del alma o el de las excelencias de sistema democrático, teóricamente considerado, es decir, sin referencia a su aplicación a un país y a una época determinada", en "Alfonso López, en la trayectoria de una política, sin pie de imprenta ni fecha".

2. "Por último, creo que estamos en el caso de organizar otro Poder Constitucional no mencionado hasta hoy por ningún publicista, pero que es necesario exista para que la minoría no se convierta en conspiradora: El Poder Cooperativo. A la minoría se le debe reconocer y asegurar el derecho de hacer oír su voz y de intervenir en los negocios públicos dentro de límites justos. Excluirla absolutamente de toda ingerencia en el gobierno es forzarla a ejercer por medios ilegítimos y con daño de la República aquella acción que por la naturaleza de las cosas le corresponde y con la cual puede contribuír al bien general.

"Artículo 35. *Si entendemos por Poder constitucional cualquier ramo del Gobierno organizado con cierta independencia de los otros, debe haber otros dos poderes: el Electoral y el Cooperativo. Aquel demanda una organización muy meditada en nuestro país, supuesto que la desmoralización del sufragio es la causa inmediata de nuestros males, y éste, mal estudiado hasta hoy por los publicistas, consiste en la organización de la minoría para que concurra dentro de los límites justos al buen régimen de la República, y no degenere ella misma (la minoría) en rebelde y conspiradora. El candidato presidencial vencido en las últimas votaciones, debería ser, durante en período constitucional, el Procurador de la minoría, el Jefe y centro del Poder Cooperativo.*

"Otro de los errores en que han incurrido los legisladores de estas Repúblicas ha sido el de establecer el absolutismo de las mayorías y dejar a las minorías oprimidas y entregadas a su propio consejo del amor propio ofendido y de cien pasiones irritadas; y de aquí la perpetua conspiración de los partidos vencidos en la lucha electoral contra los partidos triunfantes. En este proyecto de organización, se ha tratado de poner a la minoría al servicio del bien general dándole intervención en el gobierno dentro de ciertos límites y regularizando su acción en el juego de las instituciones, para que no degenere en conspiradora y elemento anarquía". Sergio Arboleda, en la Constitución Política, Biblioteca de Autores Colombianos, Bogotá, 1952, páginas 238, 242, 243, 256 y 257.

3. "Algo así como el Consejo Federal Suizo,, de elección popular, y en que los dos grandes partidos tuvieran existencia, es la fórmula que yo busco para la Constitución del Poder Ejecutivo, porque creo que así se allanarían muchas dificultades, consultaría la opinión del país, y el nombre de la República estaría más en armonía con la esencia del sistema.

"La Presidencia del Consejo y las graves cuestiones de estado que hubieran de decidirse por votación, serían desde luego, confiada aquella y resueltas éstas por el partido en mayoría, pero con el concurso y la fiscalización de la minoría, que es el derecho que le asiste a la agrupación política que no tiene elementos bastantes para sobreponerse a otra", en Discurso leído por Nicolás Esguerra Presidente de la Sociedad Colombiana de Jurisprudencia de la sesión solemne del día 28 de noviembre de 1897, Bogotá (Colombia) 1897, pág. 11.

E insistía: "Y esa ridícula caricatura de la República será la que continuaremos exhibiendo. Para descrédito del sistema y tortura de los pueblos, mientras no confiemos el ejercicio de todos los poderes a corporaciones y consejos en donde tengan representación dos, siquiera de los partidos en que está dividida la Nación (. . .). El Consejo tendría un Presidente, a quien podría continuar llamándose Presidente de la República y sería él quien representaría la Unidad para la Ejecución de las Resoluciones del Consejo, como su agente, con el Ministro Respectivo. Desde el momento en que la mayoría impera en el Consejo, no hay que temer mayores ni graves colisiones de las que pueden ocurrir en el sistema presidencial. Así como en él el Presidente decide en definitiva, y allí terminan las colisiones y diferencias, en el Consejo pondría término a ellas, con más autoridad, la mayoría de él" en Primera Conferencia leída por Nicolás Esguerra Presidente de la Sociedad en la noche del 16 de febrero de 1898. Coexistencias de los dos grandes partidos en el Gobierno. Bogotá (Colombia) Imprenta de "La Luz" página 27.

4. "Dentro de las ideas que servirán de orientación para la empresa de la República Liberal, próxima a inaugurarse, la cooperación conservadora tendría que ser de dos caracteres: Sería, de una parte, fiscalizadora de los actos del Gobierno, que deben tener la más amplia publicidad y querrán estar sometidos a la vigilancia del conservatismo, sufriendo la acción directa de la crítica de éste, hecha en primer término por los miembros del Ministerio que hubieran de llevar la representación del partido conservador; y de otra parte, tendría el carácter de una cooperación administrativa, limitada al radio en que podría ser posible y conveniente. Ninguna de estas dos condiciones daría a la cooperación de la colectividad de ustedes en el gobierno liberal el tono de favor y gracia a un partido vencido que tuvo casi siempre la cooperación que el Gobierno Conservador concedía a los liberales, ni implicaría un compromiso del conservatismo de abandonar cualquier propósito de crítica o de oposición que pudiera estar incluido en sus planes futuros de política. La política del Gobierno liberal tendrá que suscitar lógicamente discrepancias de ideas con el conservatismo, y como la de cualquier otro Gobierno de intención renovadora, debe estar segura de contar con resistencias que habrá de canalizarse en una oposición más o menos activa o violenta. La cooperación que yo desearía en el partido conservador no sería, pues, un pacto de paz anticipada, ni un contrato de silencio. Carta de Alfonso López al Directorio Nacional Conservador, Bogotá Agosto 4 de

1934, en Presidencia de la República, la Política Oficial Mensajes, cartas y discursos del Presidente López, Bogotá, Imprenta Nacional, 1935.

5. Alberto Lleras, Un año de Gobierno, 1945–1946, Bogotá, Imprenta Nacional, 1946, Ultimo Mensaje, págs. 376, 380, 377.

6. Mariano Ospina Pérez, El Gobierno de Unión Nacional, un Programa de Acción, Tomo I págs. 41 y ss.

7. Mariano Ospina Pérez, El Gobierno de Unión Nacional, un programa de Acción Tomo II, págs. 71 y 72 ob cit pág. 120; ob cit pág. 132.

8. Ob cit página 120.

9. Ob cit página 132.

10. Mariano Ospina Pérez, el Gobierno de Unión Nacional, Mensaje Presidencial al Congreso de 1947, Tomo IV, pág. 23.

11. Ob cit., en un Mensaje de Conciliación Nacional, págs. 95 y 96.

12. Mariano Ospina Pérez, El Gobierno de Unión Nacional, Crisis, Defensa y Consolidación de la Democracia, 1948, Tomo V páginas 403 y 404.

13. Paritaria, intervención del Presidente Ospina Pérez, pág. 111.

14. Alfonso López "En la Trayectoria de una Política", ya citada página 49.

15. Sin hacer referencia al régimen parlamentario y a una de sus formas en que el Gobierno se constituye por una coalición de Partidos. Este sistema, o, mejor una modalidad intermedia o una transición hacia él, parece no haber sido ajena al Presidente López cuando propuso en su Carta a la Convención de Medellín una reforma constitucional que "de carácter electivo al Consejo de Ministros, o que extienda a este cuerpo la representación proporcional de los partidos, tomando como base la proporcionalidad en que están representados en la Cámara del Congreso", fórmula que se llevó al inciso 1o. del Artículo 4o. del Plebiscito.

16. Presidente Alfonso López, Mensaje Presidencial al Congreso de 1938, Imprenta Nacional, Bogotá pág. 30.

CAPITULO VIII

LAS FORMULAS JURIDICAS DEL PLEBISCITO

1. Se escribió en el pacto de Benidorm: "El país se halla ahora reducido a volver a crear la República, buscando la fuente del poder en sus orígenes Populares". Y en Sitges: "Nadie tiene, sin embargo, autoridad para dictar esas disposiciones (que permitan mantener un Gobierno o una sucesión de Gobiernos de coalición amplia

de los partidos), que solo el pueblo ha de ordenar, directamente o por sus representantes".

CAPITULO IX

LA ADMINISTRACION PUBLICA Y EL PLEBISCITO

1. En esa carta, el Presidente López entre las reformas constitucionales que debían adoptarse señalaba: ". . . hay varias otras que pueden satisfacer la necesidad de acabar con el exclusivismo burocrático que ha envenenado las luchas de nuestras grandes corrientes políticas y entorpecido su gestión administrativa durante un siglo".

2. Y en el pacto de Sitges: ". . . una rama ejecutiva de coalición y cooperación de los partidos, en la que se halla limitada la facultad, hoy omnímoda, del Presidente en la elección y despido de todos los funcionarios del Gobierno. Un primer límite tiene que ser la urgentísima creación de una carrera de servicio civil que suprima el concepto de que el vencedor político tiene derecho a los despojos del vencido y a alterar de arriba a abajo la administración pública, sustituyendo todos los empleados por los nuevos favoritos. La tragedia de cada transición de Poder en Colombia ha sido esa, no por la importancia, inexistencia, del cuerpo de empleados en relación con la población del país, sino porque son empleados o aspirantes quienes promueven la violencia para defender sus cargos o la desatan para adquirirlos. A esa minoría insignificante, y solo con ciertas excepciones, inepta, le debe el país muchos de sus dolores y se puede anticipar que allí están los nuevos riesgos de otra ráfaga de violencia si no decide, de una vez, dar garantía constitucional al trabajo administrativo, hacer de sus funcionarios ciudadanos neutrales en la lucha política y crear, por fin, una carrera respetable y seria de especialistas en el manejo de los negocios públicos cuyos deberes no se alteren por los cambios políticos y cuyo carácter no se envilezca por la sumisión doctrinaria a todas las situaciones". Por qué y Cómo, pág. 36.

3. Constitución del 86, artículo 18o. Tangencialmente Caro se refirió a este asunto, pero en relación a cuestiones con las que éste está íntimamente relacionado, el sufragio y la ciudadanía: "De otro lado, los que sostienen el sufragio como función, (opinión a que yo confieso a inclinarse) no tienen derecho a restringirlo arbitrariamente, sino por motivos generales de aptitud y de moralidad, así como no puede restringirse, sino por motivos justos, la opción a los puestos públicos". Y en otro párrafo: "La Constitución de 1832 estableció como indispensable la ciudadanía para el desempeño a toda clase de funciones. Los constituyentes de 1843 observaron que esta fórmula era muy rigurosa, porque excluía de ciertos puestos secundarios o ajenos de todo a la política, a extranjeros útiles, y a personas que sin haber cumplido la edad requerida por la Constitución pueden bien desempeñar una plaza de escribiente u otra semejante. La Comisión ha tenido en cuenta esta circunstancia, y por eso en el artículo se exige la calidad de ciudadano como condición previa para desempeñar empleos que lleven anexa autoridad o jurisdicción". "Miguel Antonio Caro, Estudios Constitucionales, Biblioteca Popular Colombiana, Bogotá, 1951, págs. 238 y 234.

4. Declaración Universal de los Derechos Humanos, "Artículo 21, 2. Toda persona tiene derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país".

5. Ley 19 de 1958, artículo 13; Decreto 1732 de 1960, Artículo 35; Decreto 2400 de 1968, Artículo 40.

6. Ley 19 de 1958, Artículo 12; Decreto 1732 de 1960, Artículo 7; Decreto 2400 de 1968, Artículo 10.

7. Alberto Hernández Mora – Francisco Tafur Morales, "El Servicio Civil y la Carrera Administrativa en Colombia", Esap, *Bogotá, 1963.*

8. Ley 19 de 1958; Decreto 1732 de 1960, artículo 34; Decreto 2400 de 1968, Artículo 40 "–La Carrera Administrativa tiene por objeto mejorar la eficiencia de la Administración y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender en carrera conforme a las reglas que el presente título establece–. Para alcanzar estos objetivos el ingreso, permanencia y ascenso en los empleos que no sean de libre nombramiento y remoción se hará exclusivamente con base en el mérito, sin que en ellos la filiación política de una persona o consideraciones de otra índole puedan tener influjo alguno".

CAPITULO X

EL PODER EJECUTIVO, EL GOBIERNO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA

1. Como antecedente y como criterio, se comienza por citar el Decreto 1732 de 1960 en sus artículos 1o., 2o. y 36 principalmente; y, también principalmente el artículo 3o. del Decreto 2400 de 1968.

CAPITULO XI

EL PODER JUDICIAL Y EL PLEBISCITO

1. Paritaria, página 121.

2. Ob. cit. página 137. Integraban la Comisión Darío Echandía, E. Zuleta Angel y Fernando Isaza.

3. Eduardo Santos, Declaraciones Presidenciales, Transmisión del Mando, página 31, Imprenta Nacional.

4. Ob. cit. Tomo II, Mensaje al Congreso en sus sesiones de 1939, página 37.

5. Ob. Cit. Mensaje del Presidente de la República al Congreso Nacional en sus sesiones de 1940, pág. 30.

6. Ob. cit. Tomo III Mensaje al Congreso en sus sesiones de 1941, página 120.

7. Estudios Constitucionales, Tomo I, Mensaje del Excelentísimo Señor Presidente de la República Dr. Laureano Gómez, en la instalación del Congreso Nacional de 1951, pág. 14, Bogotá, Imprenta Nacional 1953.

8. Mariano Ospina Pérez, ob. cit., Historia de un Proceso Político, Tomo VI, páginas 242 y 243.

9. Francisco de Paula Pérez, Derecho Constitucional Colombiano, Biblioteca de Autores Colombianos, Tomo II, página 234.

10. Alvaro Copete Lizarralde, Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano, páginas 262 y 263, Universidad Nacional de Colombia, 1951.

11. Paritaria, página 140.

CAPITULO XII

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1968. SU ORIGEN

1. Carlos Lleras Restrepo, Mensaje Presidencial, Tomo IV, Anexo Primero, Volumen 2, páginas 47 y ss., Reforma Parlamentaria, Conferencia dictada en la Sociedad Económica de Amigos del país. Bogotá, 26 Sep. 1963.

2. En síntesis se expresó así: "Falta de técnica Jurídica" en la elaboración de las leyes que conduce, entre otras cosas, a que no pueda haber ni equilibrio fiscal ni adecuada planeación; en la vigilancia del Ejecutivo "concurren el mayor despilfarro de tiempo y la mayor ineficacia posibles"; el estudio de los problemas "si que se ejerce poco por el Congreso"; y en cuanto a la deliberación: "en la medida en que ha sido aumentado el número de parlamentarios o la deliberación se ha vuelto más confusa e infecunda". (Carlos Lleras, ob. cit., páginas 48 y 49.).

3. Carlos Lleras, Mensaje Presidencial, Tomo IV, Anexo Primero, Vol. 1, Discurso pronunciado en el Coliseo Cubierto de Bogotá, 27 de noviembre de 1965, páginas 3 y ss.

4. Ob cit. página 6.

5. Ob cit. página 9.

6. Ob cit. página 27: "El Estado atraviesa por una crisis profunda que afecta todas las ramas del Poder. Buscando adaptarse a funciones que antes no tenía y ser un instrumento eficaz para el desarrollo económico y social, ha creado nuevas instituciones y mecanismos, con fortuna unas veces, otras sin ella. Pero los viejos organismos se prolongan al lado de los nuevos, sin que haya armonizado bien el funcionamiento de unos y otros. De ahí resultan costos excesivos, ausencia de una clara delimitación de las responsabilidades y competencias recíprocas, lentitud y desorden en la gestión pública".

"Las fallas en el funcionamiento del Congreso son un aspecto de esa crisis general que tiene también manifestaciones muy agudas en la rama ejecutiva".

"Debe hacerse un esfuerzo pronto y eficaz para modificar esa situación que, de prolongarse podría poner en peligro el sistema mismo de la democracia representativa".

7. Ob cit. página 28: "Cada día aparece más indispensable modificar la norma sobre exigencia de una mayoría de las dos terceras partes para las decisiones y elecciones en el seno de las corporaciones públicas".

8. Ob cit. página 31 y ss: "En dos convenciones nacionales la inmensa mayoría del liberalismo colombiano me expresó su respaldo. He buscado la unión de sus miembros y la seguiré buscando infatigablemente, porque sé cuanto infortunio nos han traído las divisiones y porque esa unión conviene a los intereses del país. Un puñado de hombres obnubilados ha querido cabar un foso entre la mayoría del partido y un grupo donde sin dificultad encuentro tantos viejos amigos, tantos compañeros de lucha, tantos hermanos en nuestros principios e ideales. Por encima de la injuria, de las monstruosas deformaciones con que se presentan los hechos, quiero hacer llegar a quienes en ese grupo profesan verdaderamente las ideas liberales, mi voz fraternal. Las puertas de la unión no están cerradas para ellos y espero verlos al pie de las banderas de la República y del partido en la campaña que hoy se inicia".

9. Ob cit. página 33.

10. Ob cit., página 32: "Los dos partidos deben, en mi concepto, propiciar que se otorgue a cualquiera otra agrupación política, lo más pronto posible, el derecho a tener representación no disfrazada en las corporaciones públicas. Eso conviene a las colectividades históricas y responde a los principios democráticos".

11. Historia de la Reforma Constitucional de 1968, Bogotá, Imprenta Nacional, 1969, página 11. En adelante se citará como Historia Reforma.

12. Carlos Lleras, Mensaje Presidencial, Tomo IV. Anexo Primero, Vol 2, Las grandes líneas de un Programa de Gobierno. Conferencia con que se cerró la campaña para Congreso, Bogotá, 15 de marzo de 1966, páginas 219 y ss.

13. Ob cit. página 219.

14. Ob cit. página 220.

15. Ob cit. página 221.

16. Carlos Lleras, Mensaje Presidencial, Anexo Primero, Vol. 2, Preparación del Gobierno y Comunicación con el país. Conferencia durante la campaña presidencial, Bogotá, abril 11 de 1966, página 233 y ss.

17. Ob cit. Frente Nacional y Reformas al Sistema. Bogotá, abril 26 de 1966 página 237.

18. Ibid página 238.

19. Carlos Lleras, Ob cit., Tomo IV Anexo Primero, Vol. 1, páginas 37 y ss.

20. Ibid: "Pero no se trata sólo de corregir las fallas que van apareciendo en los mecanismos del sistema creado por el Plebiscito. Las reformas, repito, habrán de cobijar parcialmente las instituciones preexistentes a aquel acto y el funcionamiento de la administración.

Durante los últimos lustros han surgido en el país nuevos y muy complejos problemas, al paso que la magnitud de otros ya antiguos se acrecienta sin tregua. Para hacerles frente, con esperanzas de éxito, es indispensable dar al esfuerzo de la Nación una gran unidad y una continuidad mayor, hacerlo más eficaz e intenso. Ciertos aspectos del funcionamiento institucional y de la organización administrativa no facilitan, ciertamente, un empeño de ésta índole.

Es evidente, en efecto, que, a pesar de los ensayos que el país ha realizado para modernizar sus mecanismos y sistemas, estos presentan todavía rasgos de un anacronismo inverosímil y a la vez el desorden propio de las innovaciones improvisadas. Hasta se podría afirmar, sin temor a contradicción válida, que muchas de las reformas introducidas en las últimas décadas hacen más pesada y antieconómica la gestión pública, mientras otras, que inicialmente mostraron alguna utilidad, se ven afectas por la resurrección de viejos vicios, o a causa de un manejo inadecuado, han caido en prematura decadencia".

21. Ibid página 59.

CAPITULO XIII

UNA REFORMA POR LOS PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES

1. "Decididamente creo que conviene a la República el que todos los partidos, grupos y fuerzas se ciñan invariablemente a la Constitución. Pienso que tanto el cuerpo antiguo de ésta como las normas que se aprobaron por el Plebiscito admiten útiles enmiendas; pero que para introducirlas se deben seguir los procedimientos constitucionales. Considero, que ciertas reformas útiles pueden abrirse paso; pero voy más allá para decir que aún en el caso de que fracasaran una y otra vez los intentos serios que para ello se hicieran, convendría más a la república resignarse al aplazamiento de esas reformas que abandonar el cauce constitucional. La historia de los pueblos de más alta civilización política nos muestra muchos ejemplos de reformas que tuvieron que abrirse paso trabajosamente al través de los mecanismos normales, sin que lo laborioso de la conquista llevara a los conductores responsables a romper impacientemente la estabilidad institucional. Por último, mientras más examino los diferentes medios a que concebiblemente podrían lanzarse los que desean hacer reformas institucionales o toman las reformas como un pretexto que disfraza sus

anhelos de dominación política, más peligrosos los encuentro, más susceptibles de abrir la puerta no a una revolución constructiva sino a una larga época de turbaciones anárquica". Lleras Restrepo ibid, Preámbulo a unos diálogos con la juventud colombiana, página 137.

2. Ib. página 220.

3. "Sé que el país quiere una acción pronta, que la necesita y la reclama. Al mismo tiempo entiendo que mi misión como gobernante no será la de sustituír los mecanismos democráticos sino la de hacerlos funcionar eficazmente. El Congreso de la República debe volver a ser el centro de la atención nacional; allí tienen que debatirse las grandes reformas que contiene nuestro programa, con el orden, con la consagración de otras épocas. Y, desde luego, para que sobre ellas se tomen decisiones y se asuman responsabilidades. Aspiro a que, en unos pocos meses, le demostremos a la Nación, y también a las Naciones extranjeras, que en Colombia puede funcionar la democracia representativa, y no de manera simplemente formal, sino con fuerte aliento renovador y comenzando por purificar ella misma sus órganos de las fallas que han venido esterilizándolos y desprestigiándolos" (ibid. página 233). Y "Muchas entre las reformas (. . .) necesitan, por su naturaleza, la aprobación del Congreso. Pero es bien sabido cuán difícil se ha hecho para las Cámaras el ejercicio de su facultad decisoria. (. . .) Deseo, en efecto, contribuir a demostrar que los mecanismos de la democracia representativa pueden hacer frente con éxito a los problemas contemporáneos mediante una adecuada repartición de competencias y la reforma de sus procedimientos". Ob cit. Tomo IV, Anexo Primero, Vol. 1, página 37.

4. Mensajes del Señor Presidente de la República de Colombia Doctor Carlos Lleras Restrepo al Congreso Nacional. 20 de Julio de 1968. Tomo II, página 19.

5. "Sobre lo que yo pienso y por consiguiente sobre lo que es la política del presente gobierno en relación con el Congreso, nadie puede equivocarse. Fui suficientemente explícito durante la campaña electoral. Sostuve que el Congreso es pieza esencial del mecarismo democrático (. . .) Que nadie se equivoque sobre eso porque mis declaraciones han sido tan numerosas como explícitas. Cuando se me pidió que yo me manifestara partidario de un Plebiscito para el caso de que el Congreso no aprobara mis iniciativas, desde antes de saber que iba a tener una oposición tan agresiva en las Cámaras, dije una cosa que hoy repito: "Yo no convoco a un Plebiscito. El Plebiscito no está previsto en la Constitución; yo juré cumplirla y tengo muy hondamente arraigado el concepto de que debo ser permanentemente respetuoso de ella y de las leyes" (Mensaje Presidencial, Tomo IV, 1970, Anexo Segundo, Vol. 1, págs. 31 y 32).

Y "cuando inició su período la actual administración ejecutiva no sólo eran visibles la conformidad de vastas zonas de la opinión pública con la situación descrita (utilización del art. 121), y un muy vasto deseo de que el gobierno desarrollara por medio de decretos legislativos su programa y resolviera por el mismo procedimiento los problemas que debía afrontar, sino que se le demandó recurrir a un Plebiscito para obtener directamente del pueblo las reformas constitucionales que ese mismo

programa contiene, en especial las reformas relativas a la composición y atribuciones del Congreso. No es eso lo que yo había ofrecido al país; no es eso lo que corresponde a mis convicciones y a mis conceptos sobre la organización constitucional. Por eso me negué a buscar la reforma de la Carta a través de medios diferentes a los contemplados en ella (. . .). "(ob cit. Tomo II, pág. 15).

6. Como lo expresó en general al tomar posesión de la Presidencia: "Mis colaboradores y yo estudiaremos cuidadosamente las iniciativas parlamentarias, cualquiera que sea el sector en donde se origine; las cotejaremos con las nuestras y procuraremos, sin dogmatismos ni prejuicios, que se adopten las que parezcan mejores para el buen manejo del país, el mantenimiento de la concordia entre los partidos y la preservación del régimen democrático". (ob cit. Tomo IV, Anexo Primero, Volúmen 1, página 38).

CAPITULO XIV

LOS HECHOS POLITICOS Y LA REFORMA DE 1968

1. Dijo así Lleras Restrepo al aceptar la candidatura: "En primer término, renuevo mi fidelidad al Programa del Frente Nacional que los directores de los dos partidos aprobados el 21 de Febrero de 1962. Me correspondió una participación capital en la redacción de ese documento; mi adhesión a los principios que lo inspiraron no ha variado y hallo hoy que tiene vigencia plena la mayor parte de las soluciones que en él se esbozan para los problemas públicos. (. . .)".

"Ratifico también los acuerdos políticos que, a comienzos del año, celebré con el conservatismo antioqueño". (ob cit. Tomo IV, Anexo Primero, Vol. 1, pág. 5).

2. Y en el discurso de posesión: "Se inagura hoy el tercer Gobierno del Frente Nacional dentro del sistema aprobado por el Plebiscito de 1957. Figuré entre las personas que contribuyeron a crear ese sistema, y lo he defendido sin descanso, porque aprecio debidamente lo que él ha significado para el restablecimiento de la paz pública y el progreso de nuestra cultura política. No puede haber duda, por lo tanto, acerca de la fidelidad con que aplicará sus principios desde el Gobierno, ni tampoco sobre el espíritu que anima mis propuestas para que algunos de sus mecanismos se rectifiquen y perfeccionen" (ib pág. 38).

3. Texto de la carta en Jaime Vidal Perdomo, Historia de la Reforma Constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos, Biblioteca Jurídica Contemporánea, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1970, pág. 10.

4. Vidal, ob cit. página 47.

5. Como ya se ha anotado, reconocido por el mismo Carlos Lleras Restrepo, ob cit. Tomo IV, Anexo Primero, Vol. 2, pág. 238.

6. Alfonso López Michelsen, Posdata a la alternación, Editorial Revista Colombiana Ltda., Bogotá, 1970, págs. 174 y 175.

7. Durante la discusión de la Reforma Constitucional en 1967 afirmó el H. S. Cornelio Reyes: "Las consultas populares han demostrado con énfasis que los dos partidos recogen la casi totalidad de la opinión que se expresa electoralmente y este hecho le quita valor a la acusación de antidemocrática de la fórmula Plebiscitaria" (Historia Reforma, pág. 220).

Pero el Ponente en la Cámara, Díaz Castillo, dijo por el contrario: "El arco total sobre el cual se motivó el sistema falló: la unidad interna de los partidos se resquebrajó y no de cualquier manera, sino en forma que se ha anunciado la formación de nuevos partidos desprendidos del tronco de las dos grandes y tradicionales colectividades colombianas". (Historia Reforma, pág. 248).

Y el Ministro de Gobierno, Pastrana Borrero, en febrero de 1968: "Hubo quizá un error, pero que respondía a las circunstancias de entonces, pues se partió de la base del bipartidismo colombiano, ese tradicional bipartidismo que ha hecho que, tal vez con excepción de los países sajones, sea nuestro país el único lugar del planeta con la existencia de sólo dos fuerzas como motores de sus conflictos históricos. (. . .). Ese criterio, lógicamente se ha venido rectificando, por la aparición de fuerzas nuevas, como la democracia cristiana, el comunismo, el socialismo y posiblemente la Alianza Nacional Popular, si resuelve cortar las amarras que la unen a las colectividades tradicionales, como parece ser el deseo de gran número de seguidores". (Historia Reforma, pág. 306).

Los resultados oficiales de las elecciones de 1966 muestran la innegable realidad de esta dispersión en el Senado y en la Cámara.

Composición del Senado: liberales oficialistas 46, M.R.L. 7; conservadores unionistas 20, Lauro–alzatistas 14, independientes 1, Anapo 18.

Composición de la Cámara: Liberales oficialistas 69, M.R.L. 21, Anapo 4, Independientes 1; conservadores unionistas 36, Lauro–alzatistas 24, Leyvistas 1, Anapo 33. Organización y Estadísticas Electorales, Registraduría Nacional del Estado Civil, 1966 cuadro IV y cuadro VII.

8. En una oportunidad dijo el Presidente Lleras Restrepo: "No todo en las discusiones que se estan realizando es pertinente. Principalmente los representantes del MRL en esa Comisión introducen modificaciones no relacionadas con los temas del proyecto y que a veces dan la impresión de que simplemente se presentan para desconcertar a la Comisión, para demorar el estudio de la materia, para provocar debates sobre puntos muy controvertidos que el país no ha tenido tiempo de examinar y sobre los cuales no se ha formado una conciencia clara en ningún grupo político. Tal es el caso, por ejemplo, de la reforma presentada ayer por el señor López Michelsen, dizque para establecer el voto de censura contra los ministros por parte del Congreso. Procedimiento contrario a todas nuestras tradiciones, a partir de la Constitución del 86, y que a mi entender sería gravemente perjudicial para la vida normal del país. El señor López Michelsen dijo por ejemplo, que si existiera el voto de censura ya habrían derribado al Ministro de Hacienda, porque hizo un discurso en el Parlamento expresando que varias de las disposiciones del presupuesto

aprobado por el Congreso son inconstitucionales. Esa afirmación del señor López Michelsen demuestra que su iniciativa es perjudicial para el país. Conque derribar al Ministro de Hacienda porque cumple con el deber de advertir que las disposiciones de un proyecto son inconstitucionales ¿Parece eso normal? Creo que el señor López Michelsen al poner ese ejemplo se ha encargado de demostrar qué tan grave sería la marcha ordenada de la República el que llegara a aprobarse una reforma constitucional de la naturaleza indicada" (ob cit. T. IV Anexo Segundo, Vol. 1, pág. 60).

Y en otra ocasión: "Hay también otro aspecto, en esta reforma constitucional, destinado a satisfacer el clamor de algunos grupos de oposición, principalmente las observaciones hechas por el Movimiento Revolucionario Liberal. Porque ni el gobierno, ni yo personalmente, estamos empeñados en cerrar los oídos a las sugestiones de los demás. Cada vez que se nos diga una cosa que nosotros encontramos justa, estamos dispuestos a acogerla. No es porque, como suelen decir a veces algunos, nos robamos las ideas ejanas. Es que el diálogo democrático consiste en aceptar lo que de éstas nos parezca acertado" (ib, página 28).

9. López Michelsen, ob cit. páginas 32 y ss.

10. Historia Reforma, página 278.

11. Composición de la Cámara: Liberales Oficialistas 77, Oficialistas disidentes 17, MRL 2, Anapo 6; Conservadores Unionistas 49, Independientes 19, Anapo 28, Anapo Lauro–alzatistas 5, otros 1. Organización y Estadísticas Electorales, marzo 17 de 1968, pág. 170.

12. Lleras Restrepo, ob cit. Tomo IV, Anexo 2o., Vol. 1, página 311 y ss.

13. Vidal, ob cit. página 133 y ss.

14. En este sentido ver por ejemplo la carta del Presidente Lleras Restrepo al Presidente Ospina Pérez y respuesta de éste, ob cit. pág. 146 y ss.

15. Dijo el Presidente Lleras Restrepo: "En el curso de la discusión de las reformas constitucionales, prolongada por meses y meses, se ha llegado a muchas transacciónes. El gobierno no está enteramente satisfecho con todas y cada una de las disposiciones que salieron de la Comisión Primera del Senado pero uno no puede pretender que todos los textos salgan, como en el verso del poeta, a la medida de su pensamiento. Lo importante es que se consagren las cosas esenciales. Si se disiente sobre algún punto secundario, hay que sacrificar lo secundario a lo principal". (ob. cit. Tomo IV, Anexo 2o., Vol. 1, pág. 176).

16. Lo que lógicamente es aplicable a la coalición de gobierno como lo expresó el Presidente Lleras en más de una ocasión: "Desde el punto de vista del conservatismo unionista y del liberalismo, creo que no debería haber ninguna duda. Esos grupos, como lo dije en mi pasada intervención, aceptaron como programa en las elecciones la reforma del Congreso y estan comprometidos a realizarla". (ib. pág. 194).

17. Y en relación al M.R.L. y antes de la unión liberal así se expresó el Presidente Lleras: "En lo que toca al M.R.L., yo me contentaría con repetir que en esta reforma, el MRL tiene una parte muy importante: Que si lo invito a apoyarla en el último trecho del camino, que corresponde a la primera vuelta, es porque se trata, en parte, de una obra suya. Estaría combatiendo lo mismo que han ayudado a crear, si no presentara su colaboración". (ib. pág. 195).

18. Y en cuanto a otra parte de la oposición: "Gracias al desempeño que, de acuerdo con lo enunciado en su oportunidad, cumplió el movimiento Revolucionario Liberal en el Congreso de la República, la nueva Constitución Nacional obtuvo los votos favorables de la Anapo, *el grupo más caracterizado de la oposición", en María Elena de Crovo, Reto y Esperanza, página 7.*

También la constancia dejada por los senadores de Anapo en Vidal ob. cit. página 151.

CAPITULO XV

LA REFORMA EN EL CONGRESO

1. Así, se lee en la exposición de motivos del Segundo Proyecto: "Varía con satisfacción el Gobierno, sin embargo, que al estudiarse este proyecto se produjera en el Congreso una decisión favorable a la participación de nuevos partidos en la vida política (. . .)".

Y también que el Gobierno llama la atención sobre la terminación de la paridad y la alternación "a fin que, según el criterio del Congreso y mediante el concenso que sobre el particular se logre, se conserve o, por el contrario, se introduzcan las modificaciones que hagan coincidir la terminación de la paridad en las corporaciones públicas con la de la alternación de los dos partidos en la Jefatura del Estado".

Historia Reforma, pág. 176.

2. Ob. cit. pág. 107.

3. Ib. pág. 254.

4. López Michelsen, ob. cit. proyecto y exposición de motivos páginas 221 y ss; presentado por el H. S. Gómez Gómez y elaborado por López Michelsen, Alvaro Esguerra e Indalecio Liévano, página 34.

5. Comparación por artículos en María Elena de Crovo, ob cit. páginas 30 y ss.

6. Entre muchas otras, se puede citar: "Para conseguirlo, entre otros objetivos de gran interés nacional, se presentaron precisamente por el ejecutivo los tres proyectos de actos reformatorios de la constitución que, con numerosas reformas

fruto de la iniciativa parlamentaria, y tras muchos meses de prolijas discusiones, recibieron su aprobación en primera vuelta durante la pasada legislatura ordinaria". (Lleras Restrepo, Tomo II, pág. 16).

7. ". . . el gobierno ha dado en todo el curso de la discusión de las reformas muestras abundantes y repetidas de su espíritu conciliador; aceptó que muchas de sus propuestas originales fueron modificadas y otorgó su asentimiento a la introducción de artículos nuevos, aún en los casos en que podía oponerles objeciones válidas en su concepto". (ob cit. pág. 17).

Y en acta del Consejo de Ministros, la declaración del Presidente: "Los tres proyectos de Acto Legislativo que contienen las reformas constitucionales (. . .) han sufrido después en el Congreso un dilatado trámite de cerca de dos años, trámite durante el cual el ejecutivo aceptó transacciones propuestas por los parlamentarios, aún en los casos en que la conveniencia de ellas no aparecía muy clara (. . .)" (en Vidal, ob. cit. pág. 107 y 108).

8, En carta del Presidente Ospina a Lleras Restrepo, Presidente de la República: la reforma constitucional "cuyo texto final ha sido fruto de muchas transacciones en el seno del Congreso. En algunas de dichas transacciones ni usted ni yo tuvimos participación, porque siempre estuvimos dispuestos a aceptar que se aprobaran, aún no estando totalmente de acuerdo con ellas (. . .)" (en Vidal, ob cit. pág. 148).

9. "De aquí también el deprimente espectáculo que dieron la gran mayoría de los miembros de la Cámara de Representantes, que no encontrando la justificación doctrinaria del proyecto se unificaron en torno a la propuesta de la reelección, haciendo a un lado sus sectarismos y reservas ideológicas y refundiéndose derechistas y "revolucionarios", atrapados por la magia de las cosas de comer, hasta el punto de que si el Gobierno no retira la reforma, ésta habría sido aprobada con el célebre "mico" sin importar si consagraba la monarquía constitucional o la dictadura del proletario" (en M.E. de Crovo, ob. cit, pág. 17).

Ver igualmente lo sucedido en la reglamentación de los partidos, en Historia Reforma, págs. 534 y 535.

10. Que obviamente deben ser salvadas o conciliadas por el intérprete.

11. Escribió durante el trámite de la Reforma el Presidente Lleras Restrepo: "Pero es claro que ese espíritu de compromiso cordial está y tiene que estar limitado por nuestras obligaciones con el país consignadas en los programas de la campaña electoral y por nuestra convicción sobre la urgencia y necesidad de ciertas reformas esenciales. No quiero que nadie se engañe acerca de ésto. El gobierno no desea ver aprobado a todo trance un acto de reforma de la constitución, cualquiera que sea su contenido, sino incorporar en la Carta ciertas cosas que considera altamente necesarias para el futuro manejo ordenado de la Nación, para la preservación de las instituciones democráticas mismas y para que no prosigan prácticas que han generado graves crisis económicas, sociales y políticas. (. . .) Personalmente prefiero una abierta derrota, con todas sus consecuencias políticas, y

no otorgar tácito asentimiento a lo que contradiga mis convicciones. Porque con ese asentimiento contribuiría a desorientar la opinión pública, a engañarla, a dar apariencias de homogeneidad a un movimiento que ya la habría perdido" (Lleras Restrepo, Tomo II, página 17 y 18).

En otra oportunidad dijo el Presidente Lleras Restrepo: "Me parece que ésta es una posición clara, quizá un poco ruda, pero llegan momentos en vida política en que es necesario hablar con franqueza para que nadie se equivoque sobre lo que va a pasar. Quizá pueda haber en las Cámaras gente amiga o adversaria que piensa que el Gobierno tiene tanto interés en la reforma que está dispuesto a hacerse, como se suele decir, de la vista gorda y que pase el "mico" con tal de que la reforma no sea derrotada o no se aplace. No. Yo creo que todos los miembros del Gobierno estamos en la misma situación: no le tenemos miedo ni a la derrota ni al aplazamiento de la vigencia de la reforma. (. . .) Así es la vida política: uno debe estar siempre dispuesto a correr contingencias de esa clase. No se puede actuar como si se tratara de salir del paso a costa de todas las transacciones, por inaplazable que sean a la luz de los principios. No (. . .) Esta cuestión trascendental de la reforma no se puede resolver de la manera pobre como algunos han creido que podría resolverse. No se va a resolver así" (Lleras Restrepo, ob. cit. Tomo IV, Anexo 2o. Vol. 1, pág. 198).

Y en el acta del Consejo de Ministros que ya se ha citado: el ejecutivo aceptó las transacciones "con el objeto de salvar las materias esenciales de la reforma que en concepto del Presidente son vitales para garantizar el ordenado funcionamiento institucional de la República (. . .) ". Vidal, ob. cit. página 108.

Estas citas, fuera del significado en el mismo sentido de preservar y no tranzar sobre lo esencial, que tiene la crisis suscitada por la renuncia presidencial principalmente.

Y en cuanto al Presidente Ospina Pérez, en la carta que se ha citado, al referirse que se aceptaron transacciones "si se salvaba la esencia de la reforma y se preparaba así un porvenir de paz y prosperidad para la República". En Vidal ob cit. página 148.

CAPITULO XVI

EL CARACTER DE LA REFORMA DE 1968

1. *Lleras Restrepo, obra citada, Tomo IV, Anexo 1, Vol. 1, página 38.*
2. *Lleras Restrepo, ob. cit. Tomo II, págs. 49 y 50.*
3. *Lleras Restrepo, Ob. cit, Tomo III págs. 160 y 161.*

CAPITULO XVII

LOS CONCEJOS MUNICIPALES, LAS ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES Y LA REFORMA DE 1968

1. *Artículo 50 de la Reforma, correspondiente al 172 de la Codificación, Parágrafo Transitorio, Inciso 2o.*

2. *Artículo 17 correspondiente al 83 Páragrafo Transitorio, Inciso 2o. y 3o.*

3. *Artículo 57 correspondiente al 187, ordinal 8o.*

4. *Artículo 62 correspondiente al 197, 6a.*

CAPITULO XVIII

EL SENADO, LA CAMARA DE REPRESENTANTES Y LA REFORMA DE 1968

1. *Artículo 50, correspondiente al 172, Parágrafo Transitorio, Inciso 2o.*

2. *Ley.*

3. *Artículo 17, correspondiente al 83, Parágrafo Transitorio.*

4. *Esta dificultad es parte del problema general cuando la Constitución hace referencia a los partidos políticos o a los partidos liberal y conservador. Obviamente no se trata de dar una respuesta sociológica. En el proyecto de López Michelsen se proponía un artículo sobre ingresos y egresos de los partidos; en el proyecto unificado de reforma alcanzó a figurar un inciso que disponía que "La Ley podrá reglamentar el funcionamiento de los partidos" (Historia Reforma, pág. 454). Igualmente se han presentado varios proyectos de ley sobre reglamentación de los partidos, entre los que puede citarse el del H. R. Pardo Parra.*

5. *Artículo 29, correspondiente al 102, 2o., y artículo correspondiente al 59, Inciso 3o.*

CAPITULO XIX

LA CORTE SUPREMA, EL CONSEJO DE ESTADO Y LA REFORMA DE 1968

1. *Artículo 17, correspondiente al 83, Parágrafo Transcrito.*

CAPITULO XX

EL SISTEMA PRESIDENCIAL Y LA REFORMA DE 1968

1. *Artículo 4o. del Plebiscito.*

2. *Escribió el Presidente Lleras Restrepo sobre esta reforma: "Esto es esencial y debe decretarse ahora. En efecto si no se procede así, los Gobiernos se encontrarán, a partir de 1974, enfrentados a la necesidad de dar representación a la oposición en el*

gabinete ejecutivo, lo cual destruye no sólo la esencia del régimen presidencial sino todo el criterio de unidad en el manejo de la política oficial y en la administración pública. Es más, el presidente tendría que pedir a los partidos o fuerzas de oposición que aceptaran cargos en el gabinete, las gobernaciones etc., y no podría formar constitucionalmente su gobierno si cualquiera de esos partidos o grupos que contara con un volumen suficiente de miembros en las Cámaras se negara a ingresar en él. No pueden dejarse abiertas esas posibilidades para el debilitamiento de los gobiernos, la entronización del caos o la destrucción de las instituciones (. . .). No interesa, es verdad, al funcionamiento del gobierno que presido; pero afecta el porvenir de la República y no cumpliría con mi deber si no me ocupara de remover los peligros que para ésta pueden resultar de un régimen constitucional como el que aquí critico" (en ob. cit. Tomo I, pág. 37).

Y un año más tarde también en su mensaje al Congreso: "Ahora en efecto, se trata de reformar al sistema introducido por el Plebiscito, no ya para el período transitorio sino como régimen normal. Según ese sistema, al terminar el período de 16 años para el cual se prescribió la paridad en las Cámaras entre los dos partidos, el Presidente tendría que distribuír los cargos políticos del gobierno, comenzando por los del Gabinete, entre todos los partidos representados en el Congreso, con acuerdo sobre el programa de la administración o sin él. Se instauraría así un verdadero ejecutivo plural, contra cuyos peligros puse en guardia al país en mi mensaje del año pasado y luego en la carta de renuncia que dirigí al Honorable Senado" (en ob. cit. Tomo II, pág. 22 y 23).

Y el Ministro de Gobierno, Pastrana Borrero: "El hecho actual es que la proporcionalidad coincide con la paridad; pero terminada ésta para el Congreso en 1974, se pasaría de tal régimen de paridad al de la proporcionalidad, y, en consecuencia, el Presidente obligatoriamente tendría que incrustar dentro del Consejo de Ministros a una oposición que podría no sólo estar en desacuerdo con sus programas, sino ser además enemiga del sistema democrático (. . .). Peor más aún, lo que es frecuente en el juego democrático, es que las mayorías se puedan obtener sin que alcancen a ser mayorías absolutas (. . .) y en tal caso el gobernante con el respaldo de un 40 por ciento tendría que constituir un gabinete de minoría pues la oposición coaligada tendría el 60 por ciento. Esta sería la quiebra definitiva del régimen presidencial (. . .) ". (En Historia Reforma, pág. 313).

3 Lleras Restrepo en su discurso de aceptación de la candidatura presidencial : "(. . .) sistema presidencial que es clave y esencia de la Constitución Colombiana" (ob. cit. Tomo IV Anexo 1o., Vol. 1, pág. 8), y régimen que "es la pieza maestra de la Constitución Colombiana" (ob cit. Tomo IV, Anexo 1o. Vol. o, pág. 238).

4. Y el mismo Lleras Restrepo al cerrar la campaña electoral para el Congreso: "Pero restauraremos en su fecunda plenitud el régimen Presidencial (ob. cit. Tomo IV Anexo 1o. Vol. 2, pág. 219)", y al aceptar la candidatura presidencial: "Pero, sobre todo, hay que reafirmar y fortalecer el régimen presidencial para salvar la democracia. Los gobiernos débiles y anarquizados son el preludio de las dictaduras" (T. IV, Anexo 1o. Vol. 1o. pág. 8).

5. Lleras Restrepo, ob. cit. Tomo IV, Anexo 1o., Vol. 2, pág. 481.

6. "He dicho numerosas veces que sería un tremendo error debilitar el régimen presidencial colombiano. Precisamente el número creciente de problemas y la complejidad que tienen exijen, en la órbita ejecutiva, al lado de mecanismos adecuados de coordinación, unidad en la orientación general y la facultad de decisión final en cabeza del Jefe del Estado. Aún el hecho mismo de que sean convenientes, en un país como Colombia, los gobiernos de coalición, antítesis de la absoluta hegemonía de partido, reafirma la necesidad de una dirección unitaria" (Presidente Lleras, Mensaje al Congreso en 1968, T. II página 20).

Y en otro parágrafo de ese mismo mensaje: "Por el momento quiero dejar muy clara mi opinión sobre que el reemplazo del régimen presidencial sabiamente consagrado en la Constitución de 1886 por un ejecutivo en que forzosamente tendrían que convivir gobierno y oposición, y que de hecho sería un gobierno de gabinete que iría reflejando todas las diferencias de opiniones que surgieran en el Congreso, constituiría, el más grave de los errores" (ib. pág. 23).

7. El Presidente Lleras Restrepo en mensaje al Congreso en 1969: "El texto constitucional ha reforzado las funciones del Presidente y a la vez le ha impuesto nuevas obligaciones. El régimen Presidencial colombiano no debía debilitarse y, por fortuna, no se debilitó. La reforma introducida al texto del Plebiscito de 1957 sobre composición del gabinete libra a la república de los peligros de un gobierno colectivo, carente de unidad, impotente para manejar las situaciones cada vez más difíciles que se presenten en el accidentado proceso del desarrollo económico y social. A la vez consagra fórmulas que consideramos satisfactorias para mantener un verdadero "espíritu nacional en la rama ejecutiva y en la administración pública". (Tomo III página 152).

CAPITULO XXI

EL ARTICULO 120 DE LA CONSTITUCION Y LA REFORMA DE 1968

1. Real academia Española. Diccionario. 1925.

CAPITULO XXII

UNIDAD DE GOBIERNO Y COHERENCIA DE LA ADMINISTRACION

1. Exposición de motivos del Plebiscito, Paritaria, pag. 86.

CONSULTAS DEL GOBIERNO

MINISTERIO DE SALUD PUBLICA

PRINCIPIO DE LEGALIDAD. En las actuaciones de la Administración.

LOTERIAS – INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN. *Están sometidas a la inspección, vigilancia y control administrativo del Ministerio de Salud Pública. Sus contratos requieren la aprobación del mencionado Ministerio. Reglamentación, requisitos, término máximo de duración de los contratos que celebren los Departamentos para poner en funcionamiento o administrar las loterías.*

Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Bogotá, D.E., abril veintiuno de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Luis Carlos Sáchica.

Radicado No. 645

El señor Ministro de Salud Pública, en Oficio del 27 de marzo de 1972, consulta:

"1. La Ley 64 de 1923, sobre Loterías, declara en sus artículos 1o. y 9o. :

"**Artículo 1o.** Solamente los Departamentos podrán establecer, desde la promulgación de la presente Ley, una Lotería con premios en dinero, y con el único fin de destinar su producto a la asistencia pública.

"En los departamentos en que el producto de las Loterías tenga destinación al servicio de la instrucción o de las obras públicas, se respetará esa destinación.

"Los contratos que celebren los departamentos en desarrollo de esa ley, deberán someterse a licitación pública, y en ellas se entenderá como mejor propuesta la oferta de una mayor participación en el valor de cada sorteo para la asistencia pública del respectivo departamento".

"**Artículo 9o.** Los contratos que celebren los departamentos, relacionados con las Loterías a que se refiere esta Ley, no podrán exceder del término de cuatro años".

"2. La Resolución No. 150 de 1964, emanada del antiguo Departamento de Asistencia Social del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, dice en el numeral 3o. del Artículo 2o.:

"**Artículo 2o.** Son funciones propias de la Junta de Beneficencia o Loterías en cada Departamento o Municipio o de la Corporación que haga sus veces, y las que tenga de acuerdo con sus estatutos, las siguientes:

"1a. .....

"2a. .....

"3a. "Celebrar por intermedio de su Presidente o representante legal, los contratos que sean necesarios para la Administración y dirección de la Lotería como los que se refieren a prestación de servicios, administración indirecta o delegada de la empresa, distribución o agencia general de los billetes, adquisición o enajenación de bienes. Tales contratos deberán ser aprobados por el Departamento de Asistencia Social (hoy Ministerio de Salud Pública) de conformidad con el Artículo 8o. del Decreto 1858 ya citado".

"En desarrollo de las normas antes citadas varias Beneficencias o Loterías del país han celebrado contratos llamados de Distribución o Agencia General, previa Licitación Pública y con vigencia de cuatro (4) años, como ordena la Ley, sujetos a prórroga de otros cuatro (4) años. Para estas prórrogas no se cumple con el requisito de la Licitación Pública y se deja de lado lo de la vigencia, ya que se conviene de común acuerdo entre las partes (respectiva Beneficencia o Lotería y el Contratista), sometiéndose esa prórroga a la aprobación del Ministerio de Salud Pública, en cumplimiento de normas legales que así lo ordenan.

"Se consulta:

"a) Puede el Ministerio aprobar las prórrogas así pactadas, cuando la Ley 64 de 1923 establece que la vigencia de los contratos será de cuatro (4) años y que es necesario someterlos, para su adjudicación, a la Licitación Pública?

"b) Es posible autorizar la prróroga de un contrato cuando está en plena vigencia y faltan aún dos (2) años para su terminación?

"Este Ministerio, al estudiar las prórrogas de que se trata, ha considerado que no son procedentes, porque con ellas se estaría violando la Ley 64 de 1923. El objeto de la Licitación, a nuestro entender, es conseguir que se ofrezcan las mejores condiciones económicas y buscar algún proponente que aumente las participaciones para la Beneficencia.

"Ahora bien, el camino indicado para conocer propuestas mejores no es otro más que la Licitación Pública, porque un hecho futuro no se puede conocer de antemano, situación a presentarse de ser permitidas las mentadas prórrogas. Y es que esto de la Licitación Pública, para buscar mayor participación en el valor de cada sorteo de Lotería, está legislado desde el año de 1888 cuando la Ley 98 lo estableció así en su artículo 5o.

"Por cuanto toca con la vigencia del contrato, también se estaría violando la Ley 64 de 1923, de aprobarse la prórroga. El objeto de fijar el término de cuatro (4) años no fue otro más que permitir conocer, al vencimiento del contrato y para protección de los intereses de las Beneficencias o Loterías y la Asistencia Pública, la

posibilidad de mejores propuestas o de las condiciones del mercado de Lotería. Por tanto, los artículos 1o. y 9o. ya citados son complementarios en su fin: uno establece el término de vigencia y otro la Licitación Pública, base para un nuevo contrato.

"Referente a la prórroga de los contratos, cuando sólo llevan ejecutándose dos (2) años de una vigencia de cuatro (4), se ha considerado no pertinente, porque al finalizar la vigencia se conocerá del cumplimiento de sus cláusulas, además de que los contratos se prorrogan a su vencimiento".

A fin de absolver la consulta, son pertinentes las siguientes consideraciones de la Sala:

Es principio fundamental de nuestro Derecho Público el de que la administración tiene subordinadas todas sus actuaciones a la ley, de modo que solo puede efectuar aquello para lo cual está autorizada por esa ley, dentro de las prescripciones, formas y procedimientos en ella señalados, y en la oportunidad y para los fines previstos en dicha norma. Las actuaciones administrativas por fuera o contra esas regulaciones de la ley, son nulas.

Este principio tiene su justificación en la exigencia de salvaguardiar el interés público o social que representa la administración. Con base en esto, la administración y sus organismos, en todos los sectores y niveles, no es libre para contratar. Las leyes señalan el régimen de contratación de tales organismos, condicionando el ejercicio de la facultad de contratar a la conveniencia e intereses públicos y a la protección del patrimonio del Estado y los recursos destinados a la prestación de los servicios públicos y a la satisfacción de los deberes sociales del mismo Estado, entre los cuales está el de la atención de la asistencia pública.

De acuerdo con estas ideas, las loterías están sometidas a la inspección, vigilancia y control administrativo del Ministerio de Salud Pública, al igual que las demás entidades vinculadas con la asistencia pública por tener carácter de instituciones de utilidad común.

En desarrollo de las disposiciones constitucionales pertinentes (artículos 19 y 120, ordinal 19) y de las de la Ley 93 de 1938 y su Decreto reglamentario No. 1858 del mismo año, los contratos de dichas instituciones requieren la aprobación del mencionado Ministerio.

La Ley 64 de 1923, "sobre loterías", después de preceptuar que solo los Departamentos pueden establecer loterías con premios en dinero y cuyo producido tiene como fin único la asistencia pública, reglamenta entre otros aspectos de esos sorteos el referente a los contratos que celebren los Departamentos para ponerlas en funcionamiento o administrarlas,

sujetándolos en el artículo 1o. al requisito de la licitación pública y señalándoles en el 9o. como término máximo de duración el de cuatro años.

La primera de las disposiciones citadas aclara, para mayor precisión, que en las correspondientes licitaciones públicas "se entenderá como mejor propuesta la oferta de una mayor participación en el valor de cada sorteo para la asistencia pública del respectivo Departamento".

De la simple lectura de las disposiciones citadas se pueden deducir estas conclusiones:

1a. Al ocuparse la Ley 64 de 1923 de regular por vía general la duración máxima de los contratos de los Departamentos relacionados con sus loterías y condicionar su adjudicación al requisito de la Licitación pública, limitó en tales materias la libre estipulación de los contratantes;

2a. De lo anterior se desprende:

a) Que la estipulación en estos contratos de un plazo mayor a cuatro años es abiertamente ilegal, y

b) Que la omisión del requisito de la adjudicación del contrato en licitación pública, es igualmente lesiva de la ley;

3a. Que, como consecuencia, de las afirmaciones que anteceden, en lo referente al término de duración de los contratos, no solo se viola la ley al pactar un plazo más amplio que el señalado como máximo en la ley, violación flagrante y directa, sino mediante el empleo de cualquier otro acuerdo o procedimiento que indirectamente prolongue el plazo del contrato más allá del límite legal, como el de estipular su prórroga automática o tácita, o de común acuerdo, es decir, expresamente, pues la ley ha querido, y ese es el sentido de la norma mencionada, que tenga una duración prudencial que permita variar, mejorándolas, las condiciones y participación de los Departamentos en el producto de los sorteos; lo que se hace posible precisamente al aplicar el procedimiento de la licitación, y

4a. Que, en lo referente al requisito de la licitación, su omisión es insalvable, insubsanable, pues la propia Ley 64 en mención no dá lugar a excepciones y fija como único criterio para determinar la adjudicación del contrato el de escoger la oferta de mayor participación en el valor de cada sorteo.

Si se aceptan estas apreciaciones, es forzoso admitir que estos contratos son improrrogables. Con una salvedad: cuando hayan sido adjudicados en

licitación pública por un término inferior a cuatro años, cabría prorrogarlos hasta completar ese plazo, sin que importe con qué anticipación o faltando qué parte del plazo por correr se convenga tal prórroga, o sea, que para nada interesa que lapso del plazo original haya corrido, siempre y cuando que tal prórroga haya estado prevista en el respectivo pliego de cargos, esto es, en las bases y condiciones de la correspondiente licitación. Pero no es legal ninguna otra prórroga. Sólo es válida la que no exceda el plazo total de cuatro años. Con lo que se dice que la ilegalidad que puede presentarse en el caso que plantea la letra b) de la consulta, no resulta de que la prórroga se pacte cuando el contrato "está en plena vigencia y faltan aún dos (2) años para su terminación", es decir, del momento de la prorroga sino de que sumados el término fijado inicialmente y el de la prórroga se exceda el término del artículo 9o. de la Ley 64. Aunque, es obvio, que no es práctico ni aconsejable prorrogar contratos con una antelación exagerada.

En cuanto a la utilización de cualquier subterfugio que conduzca a eludir la adjudicación en licitación pública del contrato, como sería el mismo caso de la prórroga que amplía el plazo de un contrato a más de cuatro (4) años y, por lo mismo, tendiente a impedir el aprovechamiento de una oportunidad de mejora en el contrato para los Departamentos, se trata de procedimientos claramente ilegales, ya que tal prórroga excesiva equivale a la adjudicación de un nuevo contrato ignorando el criterio de la mejor propuesta que es el que impone la Ley 64 en el inciso final de su artículo 1o., y también violando el plazo del artículo 9o.

Finalmente, cabe agregar que cualquiera que sea la naturaleza jurídica y el tipo de los contratos a que se refiere la consulta, la calificación o denominación que se les de y el organismo departamental que los celebre, quedan regidos por las disposiciones de la Ley 64 de 1923, puesto que la finalidad de ésta fue regular los principales aspectos de la organización y funcionamiento de las loterías que autoriza y de sus sorteos, en razón de su vinculación con el sostenimiento del servicio público de asistencia social, cuestión que es de evidente utilidad común y que compete reglamentar al legislador, sin que implique por lo mismo desconocimiento de la autonomía patrimonial y administrativa de los Departamentos.

En los anteriores términos se absuelve la consulta citada y se dispone comunicarlo así al señor Ministro de Salud Pública.

Alberto Hernández Mora — Presidente — *Alejandro Domínguez Molina* — *Mario Latorre Rueda* — *Luis Carlos sáchica.*

Edné Cohën Daza
Secretaria.

El Honorable Consejero Doctor Alejandro Domínguez Molina no firma la anterior providencia por encontrarse enfermo.

CONSULTAS DEL GOBIERNO

MINISTERIO DE SALUD PUBLICA

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. La actividad del Estado. Características y diferencias entre los tres tipos de entidades descentralizadas.

SEGUROS. Intervención del Estado en los Seguros. Regulación de las Compañías de Seguros. Fines de esta intervención y regulación.

SEGUROS. LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS. Naturaleza y régimen jurídicos de esta Compañía. Objeto social de la Compañía. Actividades que se le permiten a la Compañía para el desarrollo de su objeto. Inversiones de capital y reservas de las Compañías de Seguros y de esta Compañía.

Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Bogotá, D.E., junio diez y seis de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Mario Latorre Rueda.

Ref: Radicación No. 638.

El señor Ministro de Salud formuló la siguiente consulta:

"De conformidad con el Art. 141 de la Constitución Nacional numeral 1 y los Arts. 24 y 25 del Código Contencioso Administrativo me permito hacer a ustedes la siguiente consulta:

1. *La Previsora Compañía de Seguros S.A.*, fué constituída en 1954 por escritura pública como Sociedad Anónima, con un capital autorizado de $2.000.000, dividido en $200.000 acciones de las cuales suscribió 49.996 la Caja Nacional de Previsión.

En 1961 se fusionó dicha Compañía con "La Republicana", Compañía de Seguros Generales S.A., la cual pertenecía a Sendas y en esa época era ya accionista el Ministerio de Salud Pública de La Republicana en virtud de la Ley 47 de 1958 Art. 8o., quedando entonces el Ministerio de Salud como accionista de "La Previsora", Compañía de Seguros, en virtud de la fusión mencionada.

A partir de 1970, y para dar cumplimiento al Art. 45 del Decreto 3130 de 1968 se reorganizó la Compañía quedando como Sociedad de Economía Mixta vinculada al Ministerio de Salud Pública de acuerdo con el Art. 8o. del Decreto 1050 de 1968 con régimen de empresa comercial del Estado según lo ordena el Art. 3o. del Decreto 3130 de 1968, por ser más del 90o/o del capital de propiedad del Estado: Ministerio de Salud Pública y Caja Nacional de Previsión.

Sus estatutos, aprobados por Decreto No. 2462 de diciembre 15 de 1970 y modificados según Decreto 1809 de septiembre 13 de 1971 fijan como objeto social de la Compañía:

"Los negocios relativos a la celebración y ejecución de contratos de Seguros Generales, y reaseguros de bienes pertenecientes en todo o en parte a la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Municipios, los organismos o Institutos descentralizados o autónomos, las empresas comerciales e industriales del

Estado, y las empresas donde cualquiera de las entidades mencionadas tengan interés económico. Igualmente podrá celebrar toda clase de contratos de reaseguros, en el país y en el exterior, bien sea como reasegurado o como reasegurador, cedente o cesionario, sin limitación alguna en cuanto a su origen, índole y cuantía. Se extenderá el objeto a todos aquellos casos en los cuales una o varias de las mismas entidades, figuren, por cualquier circunstancia, como asegurados o como beneficiarios. Así mismo, podrá ocuparse la Compañía de todo lo concerniente a Seguros de Manejo y cumplimiento con personas o entidades que los requieran para prestar sus servicios o cumplir cualquier contrato con Entidades de Derecho Público o con Entidades de Derecho Privado, donde tengan algún interés económico cualquier organismo de derecho público, o en cumplimiento de disposiciones legales, decretos, resoluciones o reglamentos. En desarrollo de dicho objeto, podrá realizar las siguientes actividades:

a) Adquirir y enajenar bienes raíces por cuenta propia o de terceros;

b) Invertir su capital y reservas de acuerdo con las normas legales que regulan el funcionamiento de las Compañías de Seguros;

c) Constituír empresas o sociedades que persigan fines análogos o complementarios de ésta Sociedad y participar en otras empresas de la misma índole ya constituídas; lo mismo que fundar sociedades anónimas dedicadas a la celebración de contratos de seguros de vida, accidentes personales y renta vitalicia, o al fomento de la construcción;

d) Suscribir acciones y aportar bienes en las mismas e incorporar éstas en la sociedad;

e) Promover, suministrar asistencia técnica y financiación a las empresas o sociedades de que trata el literal anterior. Para el cumplimiento de las actividades que constituyen el objeto de la sociedad, éste podrá celebrar y ejecutar en su propio nombre o por cuenta de terceros, o en participación con ellos, todos los actos, contratos y operaciones comerciales, industriales y financieras sobre bienes muebles o inmuebles, que sean necesarios y convenientes al logro de los fines que ella persigue o puedan favorecer o desarrollar sus actividades o las de aquellas empresas o sociedades en que tenga interés y que de manera directa se relacionan con el objeto social, según se determina en el presente artículo, como las siguientes:

Adquirir y enajenar bienes inmuebles, o hipotecarlos, según el caso;

Aceptar, descontar, endosar, protestar en general, negociar toda clase de efectos de comercio o civiles;

Dar, recibir dineros en préstamo, promover, formar, organizar y financiar sociedades o empresas que tengan objeto igual al de la Compañía, o que negocien en ramos que faciliten el objeto principal de ésta (Escritura No. 092 de 20 de enero de 1964. Notaría Sexta de Bogotá)".

2. El Decreto 1691 de 1960, "por el cual se modifican el regimen de inversiones admisibles y obligatorias de las Compañías de Seguros y Sociedades de capitalización y el régimen de inversiones obligatorias de los bancos y cajas de ahorros", establece, cuando fija la forma de inversión del capital de las Compañías de Seguros, en su Art. 2o. Ordinal 11 que dichas Compañías pueden hacer inversiones. "En los bienes raíces situados en la República, asegurados por su valor destructible contra incendios".

El mismo Artículo en su Parágrafo tercero establece:

"El conjunto de las inversiones en bienes raíces y préstamos con garantía hipotecaria, no podrá exceder para cada compañía del sesenta por ciento (60o/o) de su capital, reservas patrimoniales y reservas técnicas, pero la inversión en bienes raíces no excederá del 30o/o del mismo capital y reservas".

3. El Decreto 1050 de 1968 en su Art. 30 ordena: "Los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, se ceñirán en el cumplimiento de sus funciones a la Ley o norma que los creó y a sus estatutos; y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la Ley o en sus estatutos".

Teniendo en cuenta lo mencionado:

a) Puede "La Previsora Compañía de Seguros" adelantar programas de vivienda y por lo tanto adquirir inmuebles, contratar las construcciones, etc... es decir pueden hacerse inversiones como una Compañía de Seguros privada?

b) O por el contrario, tratándose de una Sociedad de Economía Mixta con régimen de empresas comercial del Estado tiene las limitaciones de que trata el Art. 30 del Decreto 1050 de 1968 en el sentido de que solo puede actuar dentro de sus estatutos, los cuales autorizan la adquisición de bienes únicamente con el fin de desarrollar el objeto social que no es otro que la negociación de seguros"?

A fin de considerar esta Consulta es conveniente referirse primero, aunque en una forma muy breve, a nociones que hacen relación a algunos aspectos la actividad del Estado para luego, con ese marco, ocuparse de la compañía de seguros La Previsora.

1. La actividad del Estado.

Como es bien sabido, con el transcurso del tiempo y la evolución de la concepción del Estado, las tareas que eran propias del Estado se han ampliado considerablemente. Así, en la actualidad y de acuerdo con la orientación del Estado, al mismo tiempo que se considera que al Estado continúan correspondiéndole determinadas funciones en forma propia y exclusiva y la prestación de algunos servicios directamente, se estima también que hay otros servicios que deben ser asumidos por el Estado valiéndose para ello de entidades descentralizadas.

a. Las Entidades Descentralizadas.

Estas entidades, en nuestro país, son de tres tipos distintos: los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las sociedades de Economía Mixta (Art. 1o. Decreto 3130 de 1968).

Sin entrar a señalar todas las características y diferencias entre estas tres entidades, por no ser necesario para el caso que ocupa a la Sala, es conveniente, sin embargo, hacer referencia a algunas de ellas: así, si estas tres entidades deben ser creadas o autorizadas por la ley y si todas ellas también, con modalidades y en diverso grado, deben seguir la orientación del Estado, se diferencian en que mientras a los Establecimientos Públicos se les da como encargo principal atender funciones administrativas conformándose a las reglas del derecho público, a las Empresas Industriales y Comerciales y a las Sociedades de Economía Mixta se les da por finalidad el desarrollo de actividades industriales y comerciales sujetándose, en principio, al derecho privado (arts. 5o., 6o. y 8o. del Decreto 1050 de 1968). Cabe anotar, en cuanto a la actividad industrial y comercial que mientras ella es excepcional para los Establecimientos Públicos, esa es la actividad propia y característica, normal, de las otras dos entidades, las Empresas y Sociedades a que se ha venido haciendo referencia.

Al actuar así, como es bien sabido y repetido también, el Estado entra en dominios que en otra época y circunstancias se hubieran atribuído a los particulares. Se añade que si el Estado así lo hace es precisamente para sustituír la iniciativa privada o suplirla o concurrir con ella en la prestación de servicios que se estiman esenciales o de interés general para la colectividad.

Para prestar esos servicios bien puede pues el Estado hacerlo sin despojarse de sus prerrogativas de autoridad, como en el caso de los Establecimientos Públicos, o buscando actuar, en grados diversos, como los particulares por medio de las Empresas Industriales y Comerciales y de las Sociedades de Economía Mixta. Actuando como los particulares, se ha dicho, lo que es

evidente en la Sociedad de Economía Mixta que se constituye bajo la forma de sociedad comercial –y en la que es posible que el Estado se reduzca a ser un simple accionista, igual a cualquier otro e igualmente aplicable relativamente a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado ya que una de las características de estas dos entidades, que es de su esencia si puede decirse, que es la razón de su creación, para lograr por lo menos una gestión más flexible, es que se sujeten en principio al derecho privado, que se muevan dentro del llamado régimen de competencia, que en general se sujeten en su actuación, y en este aspecto hay que hacer hincapié, a las mismas normas que regulan, en el campo en que se ocupan, la actividad de las personas privadas.

Así, creada por la Ley una Empresa Industrial y Comercial del Estado, si ese es el caso, si de una parte en sus funciones, actividades y actos y destino de sus bienes o recursos debe ceñirse a la Ley (art. 30, Decreto 1050 de 1968), de otra parte, en general y más allá de lo que señalan esas prescripciones, en el desarrollo de su actividad queda sometida a actuar conforme a las reglas del derecho privado salvo las excepciones que consagre la Ley (art. 6o., Decreto-1050 de 1968), es decir, según el régimen que es propio de las empresas privadas, como una de ellas y en condiciones de relativa competencia e igualdad con esas empresas.

b. La Intervención del Estado.

Lo anterior debe compaginarse con otro aspecto de la actuación del Estado, su llamada intervención, que se presenta, extiende y afianza, como es sabido también, con el transcurso del tiempo y la evolución del concepto del Estado.

Por medio de esta intervención las actividades industriales y comerciales, entre otras, que fueron desarrolladas por los particulares, libremente, prácticamente sin limitación, pasan paulatinamente a ser reguladas y sometidas a marcadas restricciones. Procede el Estado movido igualmente por razones de interés general ya que no puede ser indiferente frente a organizaciones industriales y comerciales cuya existencia y manejo, dado el desarrollo e importancia que han adquirido, no solo afectan a unos pocos sino a inmensos sectores de la comunidad y al Estado mismo.

Una de estas actividades, típicas y características en que se ha manifestado la intervención del Estado, es precisamente la de los seguros. Y lo hace regulando las compañías de seguros en todos sus aspectos: en su constitución, su administración y su liquidación y colocándolas bajo la constante supervigilancia del mismo Estado. Al actuar así, ciertamente, el Estado busca proteger a los asegurados pero también a la empresa misma, a la

institución de los seguros y al Estado mismo y, superando aún los intereses puramente económicos, preservando factores generales de confianza. Además, interviene el Estado para darle a la inversión del capital y reservas de esas compañías, que son casi siempre sumas cuantiosas, que en muy buena parte provienen y pertenecen a los asegurados, que constituyen parte del ahorro nacional, y por eso mismo, una canalización que redunde en beneficio de la economía del país y por lo tanto de la colectividad.

Ahora, sin ocuparse de otras regulaciones a que están sometidas las compañías de seguros, buena parte de esos fines se logran por medio del Decreto 1691 de 1960. En primer término se puede señalar, como lo enuncia ese Decreto, que con él se buscan establecer como criterios correlativos, garantías de seguridad, disponibilidad y liquidez para los activos de las compañías de seguros, y que al utilizar la palabra reservas se hace en un sentido muy amplio, ya que el mismo Decreto emplea las expresiones "activos" y "capital" y "reservas o fondos", lo que hace que sus prescripciones comprendan todos estos conceptos y abarquen, como lo van indicando los ordinales del art. 2o. de este Decreto, los gastos de organización y los muebles y equipos, los préstamos y las obligaciones a interés, las cédulas y los bienes raíces, las cantidades en caja y cuenta corriente.

Es por este mismo artículo por el que se señalan las que se distinguen como inversiones admisibles de las compañías de seguros, artículo que determina la forma de inversión de las reservas y prescribe los límites y requisitos a que están sometidas. Así, exactamente, para presentar algunos ejemplos de inversiones que hacen relación a la materia que se estudia, se pueden transcribir algunos originales y parágrafos de este art. 2o. del Decreto 1691:

> "11o. En bienes raíces situados en la república, asegurados por su valor destructible contra incendios".
>
> "12o. En préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes raíces situados en la república. El préstamo o el total de préstamos que hagan sobre un inmueble no podrán exceder del cincuenta por ciento (50o/o) de su precio de avalúo, o del setenta por ciento (70o/o) del mismo cuando el préstamo se destine a adquisición o construcción de vivienda. Si los préstamos se hacen sobre propiedad raíz, sin mejoras o improductiva, el monto de la inversión no podrá ser mayor del cuarenta por ciento (40o/o) del precio del avalúo. Cuando en la propiedad hipotecada haya un edificio en construcción que una vez terminado constituya una mejora permanente, se considerará esa propiedad como mejorada y productiva. Ninguna Compañía podrá prestar a una sola persona una suma superior al diez por ciento (10o/o) de su capital, reservas patrimoniales y reservas técnicas".
>
> "**Parágrafo 1o.** Para las inversiones en bienes raíces o en préstamos hipotecarios se requiere un informe previo de dos avaluadores acreditados que certifiquen sobre el

valor de los respectivos inmuebles. Tal informe será archivado en los correspondientes documentos de la inversión".

"**Parágrafo 2o.** Cuando en el avalúo de las propiedades raíces que vayan a garantizar un préstamo hipotecario estén incluídos edificios, éstos serán asegurados contra incendio, por su valor destructible, por el deudor de acuerdo con la compañía; las pólizas de seguros serán endosadas a favor de la compañía y ésta podrá renovarlas a su vencimiento si el deudor descuida hacerlo, cargando a éste el valor de las primas. Todas las sumas pagadas por la compañía para las renovaciones mencionadas constituirán, un gravamen sobre la propiedad hipotecada, pagadero con intereses desde que se hizo el gasto, como parte de las sumas garantizadas con la hipoteca".

"**Parágrafo 3o.** El conjunto de las inversiones en bienes raíces y préstamos con garantía hipotecaria, no podrá exceder para cada compañía del sesenta por ciento (60o/o) de su capital reservas patrimoniales y reservas técnicas, pero la inversión en bienes raíces no excederá del treinta por ciento (30o/o) del mismo capital y reservas".

Esta regulación tan estricta explica aún más, si quisiera insistirse en este punto, al que el Estado proceda por medio de Empresas y Sociedades y se somete en su actuación, como se ha dicho, al derecho privado y en un régimen de relativa igualdad con los particulares. Al hacerlo así, y en los casos del seguro es evidente, no entra el Estado en un sistema de absoluta y libre competencia sino que entra a actuar en campos que ese mismo Estado ha reglamentado, reglamentación que da seguridad a todas las empresas así sean ellas exclusivamente de los particulares o sean oficiales o se hayan constituído únicamente con aportes de ese mismo Estado.

2o. La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

La Previsora, según lo dispone el Decreto 2462 de 1970 que aprueba sus estatutos y se reafirma en los considerandos del Decreto 1809 de 1971 que los modifica, es una Sociedad de Economía Mixta sometida al régimen de las Empresas Comerciales e Industriales del Estado, en virtud del art. 3o. del Decreto 3130 de 1968 ya que el Estado posee más del 90o/o de su capital.

A ella se aplica, por lo tanto, el art. 30 del Decreto 1050 que dispone:

"Los Establecimientos Públicos y las empresas Industriales y Comerciales del Estado se ceñirán, en el cumplimiento de sus funciones, a la Ley o norma que los creó y a sus estatutos; y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos, ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la Ley o en sus estatutos".

Debe entonces irse a estos dos decretos ya mencionados, el 2462 y el 1809, para conocer el régimen general que la rige.

En efecto, en éste último se lee:

"El Artículo 5o. quedará así:

El objeto principal de la Sociedad está constituído por los negocios relativos a la celebración y ejecución de contratos de Seguros Generales, y reaseguros de bienes pertenecientes en todo o en parte a la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Municipios, los organismos o institutos descentralizados o autónomos, las empresas comerciales e Industriales del Estado, las empresas donde cualquiera de las entidades mencionadas tengan interés económico. Igualmente podrá celebrar toda clase de contratos de reaseguros, en el país y en el exterior, bien sea como reasegurado o como reasegurador, cedente o cesionario, sin limitación alguna en cuanto a su origen, índole y cuantía. Se extenderá el objeto a todos aquellos casos en los cuales una o varias de las mismas Entidades, figuren, por cualquier circunstancia, como asegurados o como beneficiarios. Así mismo, podrá ocuparse la Compañía de todo lo concerniente a Seguros de Manejo y cumplimiento con personas o entidades que los requieran para prestar sus servicios o cumplir cualquier contrato con Entidades de Derecho Público o con Entidades de Derecho Privado, donde tengan algún interés económico cualquier organismo de derecho público, o en cumplimiento de disposiciones legales, decretos, resoluciones o reglamentos. En desarrollo de dicho objeto, podrá realizar las siguientes actividades:

a) Adquirir y enajenar bienes raíces por cuenta propia o de terceros:

b) Invertir su capital y reservas de acuerdo con las normas legales que regulan el funcionamiento de las Compañías de Seguros.

c) Constituír empresas o sociedades que persigan fines análogos o complementarios de esta Sociedad y participar en otras Empresas de la misma índole ya constituídas; lo mismo que fundar sociedades anónimas dedicadas a la celebración de contratos de seguros de vida, accidentes personales y renta vitalicia, o al fomento de la construcción.

d) Suscribir acciones y aportar bienes en las mismas e incorporar éstas en la Sociedad.

e) Promover, suministrar asistencia técnica y financiación a las Empresas o Sociedades de que trata el literal anterior. Para el cumplimiento de las actividades que constituyen el objeto de la sociedad, ésta podrá celebrar y ejecutar en su propio nombre o por cuenta de terceros, o en participación con ellos, todos los actos, contratos y operaciones comerciales, industriales y financieras sobre bienes muebles o inmuebles, que sean necesarios y convenientes al logro de los fines que ella persigue o puedan favorecer o desarrollar sus actividades o las de aquellas Empresas o Sociedades en que tenga interés y que de manera directa se relacionan con el objeto social, según se determina en el presente artículo, como las siguientes:
Adquirir y enajenar bienes inmuebles, o hipotecarlos, según el caso; aceptar, descontar, endosar, protestar en general, negociar toda clase de efectos de comercio o civiles; dar, recibir dinero en préstamo, promover, formar, organizar y financiar

sociedades o empresas que tengan objeto igual al de la Compañía, o que negocien en ramos que faciliten el objeto principal de ésta (Escritura No. 092 de 20 de Enero de 1964 Notaría Sexta de Bogotá)".

Se puede considerar que este artículo hace relación a dos cuestiones distintas: una de ellas, propiamente, es el objeto social de la compañía, que el mismo artículo especifica así: a) seguros y reaseguros de los bienes de las entidades oficiales o donde éstas tengan interés económico; b) Reaseguros sin limitación en cuanto a su origen, índole y cuantía; y c) seguros de manejo y cumplimiento con personas que presten su servicio en entidades donde tenga interés económico cualquier organismo público o lo disponga la Ley.

La segunda cuestión que regula este artículo se refiere a las actividades que, para el desarrollo de este objeto, se le permitan a la Compañía. Así, en el literal b) de este artículo 5o. textualmente se dispone que la compañía pueda "Invertir su capital y reservas de acuerdo con las normas legales que regulan el funcionamiento de las compañías de seguros". Pero como éste mismo artículo en sus otros literales autoriza en general a la Previsora para otras actividades, se debe concluír que ellas, en cuanto sean o impliquen inversión de capital y reservas, quedan sometidas al Decreto 1691 de 1960 a que ya se hizo mención en esta Consulta, por disponerlo así, de una parte, los mismos estatutos de la Previsora que prescriben que sus inversiones se rigen "de acuerdo con las normas legales que regulan el funcionamiento de las Compañías de Seguros", y ser precisamente este Decreto 1691 esa norma, y, de otra parte y primordialmente, por ser las disposiciones de este mismo Decreto de carácter específicio y obedecer a principios de seguridad que hacen imperativos esa intervención del Estado.

Por lo tanto es este Decreto 1691 el que establece no solo el distinto género de inversiones del capital y reservas de las compañías de seguros, de todas, tanto de ésta que es del Estado como de las privadas, sino que también se fijan en él las limitaciones y restricciones a que éstas inversiones están sometidas.

Para terminar, es conveniente advertir que aún que objeto social y capital y reservas y su inversión son nociones que la Ley distingue y así se han utilizado, son ellas cuestiones conexas, íntima y estrechamente relacionadas: al regular la Ley el monto del capital de una compañía de seguros y al fijar como se invierten ese capital y las reservas lo que está haciendo es fijando los mecanismos, por decirlo así, que permiten cumplir con ese objeto social que la misma Ley señala a esa sociedad ya que un capital reducido o unas inversiones aventuradas llevarían a que se incumpliera ese objeto social.

Igualmente se debe advertir que no hay, como parece seguirse en la última

parte de la Consulta, una alternativa o exclusión entre los Decretos 1050 y en particular el 3130, de una parte, y el Decreto 1691 de 1960 de otra: son ellas, precisamente, regulaciones complementarias; los dos primeros Decretos definen y fijan el régimen de las Empresas industriales y Comerciales del Estado, y según ese régimen el objeto y actividades de estas entidades lo determina en primer término la Ley, en este caso de la Previsora el Decreto 1809 de 1970 que es, como se ha dicho, el que dispone que la inversión de su capital y reservas se acomoden a las normas legales que regulan estas cuestiones en las compañías de seguros, por lo tanto a ese Decreto 1691.

En virtud de lo expuesto considera la Sala que la Previsora Compañía de Seguros, S.A., puede hacer las inversiones que están autorizadas para una compañía de seguros privada, y entre ellas adquirir inmuebles y contratar construcciones dentro de los mismos términos, limitaciones y restricciones que sujetan a las compañías de seguros privadas, e igualmente sometida a la supervigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Alberto Hernández Mora — Alejandro Domínguez Molina — Luis Carlos Sáchica — Mario Latorre Rueda.

Edné Cohén Daza
Secretaria.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

Orden Nacional

CAPITULO PRIMERO:

Decretos del Gobierno

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO A LOS CIGARRILLOS DE PROCEDENCIA NACIONAL Y DE PROCEDENCIA EXTRANJERA. Distribución del impuesto de consumo de tabaco entre los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá y las Intendencias y Comisarías.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, febrero diez de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía.

Ref. Exp. No. 1878.
Autoridades Nacionales. Actor: Departamento de Cundinamarca. Nulidad del artículo 9o. del Decreto No. 008 de 11 de enero de 1971.

El Departamento de Cundinamarca, por conducto de apoderado, demandó la nulidad del Decreto Reglamentario No. 008 de 11 de enero de 1971 del Gobierno Nacional, pero únicamente en su artículo 9o. en cuanto por él se dispone: "El producto del impuesto sobre el consumo de cigarrillos extranjeros lo percibirán los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, las Intendencias y Comisarías, en proporción al consumo de tales cigarrillos dentro de la jurisdicción de cada uno de ellos....."

El demandante solicitó la suspensión provisional que le fue negada por el suscrito sustanciador en auto de 10 de agosto de 1971, confirmado por la Sala de Decisión el 8 de septiembre del mismo año.

HECHOS

El actor fundamenta su acción en los siguientes hechos:

La ley 19 de 1970 creó el impuesto a los cigarrillos extranjeros, sobre el consumo de los mismos, a favor de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá, en cuantía igual al impuesto de consumo departamental que paguen los cigarrillos de producción nacional de mayor precio; y asimismo dispuso que el impuesto será recaudado y liquidado en la misma forma que se establece para los impuestos correspondientes a los cigarrillos de fabricación nacional.

En virtud de las facultades extraordinarias dadas al Presidente de la República por la ley 33 de 1968, se dictó el Decreto Ley 3258 de 1968 en el cual se determinó la distribución porcentual del impuesto a los cigarrillos nacionales (tabaco), entre el Departamento de Cundinamarca y el Distrito Especial de Bogotá, según la disposición acusada se determinó una

distribución distinta a lo preceptuado en la ley en cuanto al reparto del tributo entre esas Entidades Públicas.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor considera violadas las siguientes disposiciones: Ley 19 de 1970; artículo 120 de la Constitución, atribución 3a., artículo 76 y 200 de la misma y el artículo 3o. del Decreto Ley 3258 de 31 de diciembre de 1968.

Afirma que la Constitución en su artículo 200 expresó que la Ley debe determinar la participación que le corresponda a la capital de la República en las rentas departamentales que se causen en Bogotá; que el Decreto 3258 de 31 de diciembre de 1968, dictado por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias, dispuso que a partir del 1o. de enero de 1970, la participación del Distrito Especial de Bogotá en el impuesto departamental que grava el consumo de tabaco será de un 20o/o sobre el producto bruto que se cause en el territorio del Departamento de Cundinamarca incluyendo el Distrito Especial de Bogotá, norma que se halla vigente.

La Ley 19 de 1970 se limitó a decir en su artículo 1o. que los cigarrillos de procedencia extranjera estarán sujetos a un impuesto de consumo a favor de los Departamentos, del Distrito Especial de Bogotá, de las Intendencias y de las Comisarías donde se expendan "igual al impuesto departamental que paguen los cigarrillos de producción nacional de mayor precio. Dicho impuesto será liquidado y recaudado en la misma forma establecida para los impuestos correspondientes a los cigarrillos de fabricación nacional".

Sinembargo de tan claras disposiciones, el Gobierno, al reglamentar la Ley 19, por medio del Decreto 008 de 11 de enero de 1971, en su artículo 9o., excedió dicha potestad pues no se limitó a poner la ley en vía expedita de ejecución sino que fué más allá de sus atribuciones al no limitar la participación del Distrito al 20o/o a que se refiere el Decreto Ley 3258 y determinó por el contrario que el impuesto se distribuiría para el Distrito en proporción al consumo de tales cigarrillos dentro de su jurisdicción.

"Por esta variación fundamental que de la norma legal hizo el Gobierno en pretendido uso de la facultad reglamentaria, con respecto al Departamento de Cundinamarca, en cuanto a la distribución del tributo con el Distrito Especial de Bogotá, no puede ..edar la menor duda de la manifiesta violación de las normas superiores antes comentadas, como así deberá declararlo el H. Consejo de Estado al anular el acto acusado en la forma pedida".

En oportunidad procesal debida el señor apoderado alegó para reiterar sus tesis expuestas en la demanda; se recibió vista del Fiscal 3o. de la Corporación Dr. Bernardo Ortiz Amaya; ejecutoriado el auto de citación para sentencia el negocio se halla listo para fallo, a lo cual se procede previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

El asunto a primera vista parece demasiado complejo por el sistema que con tanta frecuencia emplea el legislador y el mismo Gobierno de no incorporar la norma a que se hace referencia sino de remitir simplemente a ella con lo cual se utiliza el tan criticado sistema del Derecho Internacional Privado que se conoce con el nombre de teoría del "renvoi" o reenvío; pero un análisis prudente y sereno y una explicación clara de la cuestión debatida lleva a una conclusión diferente.

Como cuestión inicial y desde luego importante se pregunta: cómo se distribuye el impuesto a los cigarrillos nacionales y cómo aquél creado para los de procedencia extranjera?

Veamos la primera parte del interrogante:

La Ley No. VIII de 1909 (7 de abril), sobre descentralización administrativa dictada por la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa, dispuso en el ordinal 2o. del inciso 3o. lo siguiente: "La renta de tabaco, como renta nacional, se hará efectiva únicamente sobre el consumo del artículo. En tal virtud son completamente libres, la producción y exportación del tabaco del país. ....."

La Ley 10o. de 1909 dijo textualmente lo siguiente:

"Desde la fecha en que entre en vigencia la presente ley será de propiedad de los Departamentos que quieran establecer la renta sobre consumo de tabaco, sin que ningún caso pueda gravarse o estorbarse en forma alguna el cultivo o laboreo de las plantaciones y la preparación o aliño de la hoja hasta ponerla en estado de darla a la venta y ofrecerla al consumo público.

Dichas entidades organizarán en la forma que estimen más conveniente la percepción del impuesto, pero en ningún caso podrán establecer el sistema de monopolio".

No se había mencionado sino los Departamentos, pero el Decreto Legislativo 1626 de 1951 dijo que a partir del 1o. de septiembre de ese año el impuesto de tabaco continuaría haciéndose efectivo por los Departamentos, Intedencias y Comisarías, exclusivamente sobre el tabaco elaborado de fabricación nacional.

Para el Distrito Especial de Bogotá el Decreto 3258 de 1968, dictado por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 33 de ese año, dijo en el inciso 5o. del artículo 1o: "A partir del primero de enero de mil novecientos setenta la participación del Distrito Especial en el *impuesto departamental* que grava el consumo de tabaco será de un 20o/o sobre el producto bruto que se cause en el territorio del Departamento de Cundinamarca incluyendo el Distrito Especial de Bogotá". (Se subraya).

En esta forma distribuyen las distintas disposiciones citadas el impuesto de tabaco y cigarrillos de producción nacional para los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Distrito Especial de Bogotá. Es importante advertir en relación con el Decreto 3258 de 1968 relativa a la participación para el Distrito Especial, que esta disposición sólo puede referirse a los cigarrillos nacionales, porque habla de impuesto departamental que, como se dijo, fue cedido y organizado para los Departamentos, Intendencias y Comisarías por las disposiciones antes relacionadas. Y es evidente que ello es así, porque los impuestos departamentales de tabaco o cigarrillo sólo se refieren a los de producción nacional puesto que los de procedencia extranjera están regulados por otras normas de carácter nacional.

Ahora bien: cómo se distribuye el impuesto a los cigarrillos de procedencia extranjera? : La renta de cigarrillos extranjeros ha sido y continúa siendo nacional, así se haya cedido su producto a las entidades territoriales. El ordinal 1o. del inciso 3o. de la Ley VIII de 1909, ya citada, dijo que : "La renta de fabricación de cigarrillos continuará siendo nacional".

El artículo 2o. del Decreto 1626 de 1951 dijo que el impuesto de los cigarrillos de procedencia extranjera se recaudaría en la Aduana en el momento de la nacionalización de la mercancía, que se incorporaría en el presupuesto nacional y su producto se distribuiría por el Ministerio de Hacienda entre los Departamentos, Intendencias y Comisarías, en proporción al consumo de cigarrillos nacionales en cada uno de ellos, en el año inmediatamente anterior.

Vale la pena anotar, para efectos posteriores, que para nada se mencionó el Distrito Especial de Bogotá.

Finalmente el artículo 1o. de la Ley 19 de 1970 estableció: "Los cigarrillos de procedencia extranjera estarán sujetos a un *impuesto de consumo a favor* de los Departamentos, del Distrito Especial de Bogotá, de las Intedencias, y de las Comisarías *donde se expendan*, igual al impuesto de consumo departamental que paguen los cigarrillos de producción nacional de mayor precio. Dicho impuesto será liquidado y recaudado en la misma forma establecida para los impuestos correspondientes a los cigarrillos de fabricación nacional". (Subraya la Sala).

Con anterioridad a esta ley el Distrito Especial de Bogotá no tenía participación en los cigarrillos de procedencia extranjera pues tan solo la tenía en los de producción nacional y era equivalente a un 20o/o sobre el producto bruto que se cause en el territorio del Departamento de Cundinamarca incluyendo el Distrito Especial de Bogotá. Pero la ley 19 le dió participación, sinembargo, se la limitó a los cigarrillos que se expendan dentro del Distrito Especial de Bogotá, es decir excluyó los que se expendan en el Departamento de Cundinamarca, sin la distribución porcentual que había para los cigarrillos de producción nacional. Era libre el legislador de cambiar la forma de distribución y así lo hizo toda vez que hasta el momento de la Ley 19 el Distrito Especial de Bogotá sólo tenía una participación en el impuesto de cigarrillos o tabacos de producción nacional. Pero al pasar a los extranjeros, perdónese la repetición, pero se hace para mayor claridad, dijo que: "Los cigarrillos de procedencia extranjera estarán sujetos a un impuesto de consumo a favor de los Departamentos, del Distrito Especial de Bogotá, de las Intendencias y de las Comisarías donde se expendan,....."

Ahora bien, cuál es el valor de ese impuesto? El impuesto será igual al de consumo departamental que paguen los cigarrillos de producción nacional de mayor precio. Hubo pues una norma nueva y autónoma para el Distrito Especial de Bogotá por medio de la cual se le dió participación en el impuesto de cigarrillos extranjeros, participación que antes no tenía, pero limitando dicho impuesto al lugar donde se expenda, haciendo caso omiso de la forma de recaudo y distribución porcentual establecida en el Decreto 3258 de 1968 para lo cual el legislador estaba en su perfecto derecho. Como lo dice con mucho acierto la Sala de Decisión al confirmar el auto por medio del cual se negó la suspensión provisional, refiriéndose a la ley 19 de 1970 . . . "el lugar donde se vendan los cigarrillos extranjeros determina, según las voces de la ley, quién es el beneficiario del tributo. Si lo es el Departamento de Cundinamarca o el Distrito Especial de Bogotá, dependerá de que la venta se realice dentro de los límites territoriales del uno o del otro".

Vino entonces el Decreto Reglamentario 008 de 1971 que en su artículo 9o. expresó: "El producto del impuesto sobre el consumo de cigarrillos extranjeros lo percibirán los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, Las Intendencias y las Comisarías, en proporción al consumo de tales cigarrillos dentro de la jurisdicción de cada uno de ellos".

El Decreto nada agrega ni quita a lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley 19 de 1970 pues como tantas veces se ha dicho se ordenó allí que el impuesto se causaría en el lugar donde se expendan, frase equivalente a la usada por el Decreto en donde se dice que el impuesto se percibirá en proporción al consumo de cigarrillos dentro de la jurisdicción, entre otros, del Distrito Especial de Bogotá.

Dice entre otras cosas el señor apoderado del Departamento en su alegato de conclusión:

> "Lo que el artículo primero de la Ley 19 de 1970 quiso determinar al hablar del Distrito Especial de Bogotá, fue el derecho que, a pesar de ser Municipio Especial, tenía que percibir parte del impuesto departamental al consumo de tabaco extranjero; pero en ningún caso es posible interpretar la norma con un alcance diferente, como sería el que Bogotá pudiera percibir la totalidad del impuesto departamental por cigarrillos vendidos dentro del Municipio. Una cosa es que el gravamen departamental se cauce (sic) dentro del Distrito y otra bien distinta que sea dicha Entidad Territorial la beneficiaria de la totalidad del Tributo. Lo primero lo dijo la Ley, lo segundo quedó limitado a las normas generales sobre "liquidación" y "recaudo" del impuesto, consagradas con anterioridad, como quedó visto, en el Decreto Ley 3258 de 1968, al cual se remite la misma Ley 19 de 1970, al expresar que el impuesto de consumo a favor de los Departamentos y del Distrito Especial *se causará* en la parte donde se expendan o vendan –es decir nacerá la obligación tributaria en ese territorio–; pero para los efectos de determinar el beneficiario del gravamen, debe atenderse a la parte final del mismo artículo primero de la Ley, que dispone "... dicho impuesto será *liquidado y recaudado en la misma forma* establecida para los impuestos correspondientes a los cigarrillos de fabricación nacional". (Subraya el señor apoderado).
>
> "La palabra "liquidar" que he subrayado en las diversas disposiciones legales citadas, hace relación al arreglo o distribución de rentas entre el Distrito Especial de Bogotá y el Departamento de Cundinamarca".
>
> "De tal manera que si la misma Ley remite a las disposiciones generales vigentes sobre reparto de rentas entre las dos entidades, no puede quedar duda alguna de que la liquidación y reparto de la renta del tabaco extranjero debe realizarse conforme al Decreto Ley 3258 de 1968, que en la segunda parte del artículo tercero dispuso para Bogotá, una participación del 20o/o sobre el producto bruto total que se cauce (sic) en el Departamento de Cundinamarca; y en ningún caso esa participación puede ser la de la totalidad del gravamen en Bogotá, porque entonces no, podría hablarse de participación que implica siempre una "liquidación para recibir parte de un todo", sino de recaudar y recibir ese todo o totalidad del impuesto, lo cual es inaceptable dentro de nuestro orden constitucional, porque los Municipios, así se llamen Distritos Especiales, no pueden por derecho propio, percibir para su patrimonio impuestos departamentales".

Indudablemente la argumentación del señor Procurador Judicial de la entidad departamental está influída en forma determinante por la parte final del artículo 1o. de la Ley 19 de 1970 que dice: "Dicho impuesto será liquidado y recaudado en la misma forma establecida para los impuestos correspondientes a los cigarrillos de fabricación nacional".

El apoderado le da a la palabra "liquidación" un equivalente a participación que en realidad no es exacto. Liquidar según el Diccionario de la Real

Academia es entre otras cosas "Hacer el ajuste formal de una cuenta"; de tal manera que la ley simplemente determina una forma de recaudar y hacer el ajuste correspondiente, no el de establecer una manera de participación, y no es una manera de participación porque ya había dicho en la parte primera que el impuesto se causaría a favor de las entidades en ellas mencionadas, en el lugar donde se expendan y ese lugar es para el Distrito Especial de Bogotá el de los límites de su jurisdicción como lo dice la disposición acusada.

El señor Fiscal en su vista, solicita no acceder a las pretensiones de la demanda por no encontrar violación alguna de norma jerarquíca superior. Dice al respecto lo siguiente:

> "Dentro de este régimen legal imperante, y con ocasión de los múltiples problemas que surgieron sobre los ingresos por impuestos entre el Distrito Especial de Bogotá y el Departamento de Cundinamarca, por el hecho de que ambas sedes administrativas estaban ubicadas en Bogotá, se dictó el Decreto Ley 3258 de 1968 donde expresamente se dice que su objeto es el de determinar la participación del Distrito Especial de Bogotá en algunas rentas del Departamento de Cundinamarca, y, dentro del articulado de ese Decreto se le dió al Distrito una participación del 20o/o sobre el producto bruto del impuesto de consumo del tabaco causado dentro del territorio del Departamento".
>
> "Como en ese momento, el impuesto de consumo de tabaco era aquel al cual se refería el artículo 4o. del Decreto 1626 de 1951, es forzoso concluír que dicha participación sólo se relacionaba al impuesto de consumo de tabaco elaborado en sus distintas formas, pero de fabricación nacional; por cuanto que, el impuesto nacional a los cigarrillos extranjeros de que hablaba el mismo Decreto, tenía carácter nacional y era recaudado y distribuído por el Ministerio de Hacienda".
>
> "En esa forma la Ley vino a determinar los porcentajes que en la distribución de los impuestos Departamentales, le corresponderían al Distrito Especial, con relación al Departamento de Cundinamarca".
>
> "Como el aumento en el gravamen nacional a los cigarrillos extranjeros se imponía, por ser ya desueto el monto de lo que estableció el Decreto 1626 de 1951, la Ley 19 del 28 de diciembre de 1970, dispuso que los cigarrillos de procedencia extranjera estarían sujetos a un impuesto de consumo, que en el mismo texto de la Ley se creó a favor, no solamente de los Departamentos, Intendencias, y Comisarías, sino también del Distrito Especial de Bogotá, dejando ya, de antemano, delimitado el beneficio fiscal para el Distrito, separadamente del Departamento de Cundinamarca.
>
> Por lo tanto, en este caso, eliminada la obligación para el Departamento de participar del gravamen del Distrito, por cuanto que cada cual quedó facultado para liquidar y recaudar el impuesto dentro de su respectiva zona, la Ley fijó un tope para su monto, estableciendo que sería "igual al impuesto de consumo departamental que paguen los cigarrillos de producción nacional de mayor precio".

"Eso mismo está demostrando que al poner como referencia, para determinar su monto, el gravamen para el consumo de tabaco nacional, se parte de la base de que los impuestos son distintos, dada la naturaleza del objeto materia de gravamen, aún cuando ambos tengan la denominación común de impuesto al consumo".

"Como en la Ley claramente se determinó que dicho impuesto sería liquidado y recaudado por cada sección en la misma forma establecida para los impuestos a los cigarrillos de fabricación nacional, pero incluyó especialmente en su destinación al Distrito Especial de Bogotá, como ente jurídico administrativo, diferente al Departamento de Cundinamarca; el artículo 9o. del Decreto Reglamentario 008 de 1971 no podía hacer nada distinto que disponer exactamente lo que la Ley previó y, por lo tanto, no se vé en donde radica la extralimitación de las funciones reglamentarias por parte del Estado, al disponer que dicho impuesto lo percibirían directamente los Departamentos, el Distrito de Bogotá, las Intendencias y Comisarías".

"Ahora bien, el artículo 2o. del mencionado Decreto establece que ese impuesto será el de $1.50 por cajetilla, por ser ese valor, el actual gravamen que pagan los cigarrillos de producción nacional de mayor precio, y, en esa forma, está cumpliendo lo que dispuso la parte pertinente del artículo 1o. de la Ley 19 de 1970 indicando, en los artículos siguientes el momento en que ese impuesto se causa, quienes son responsables de él, y qué otra serie de elementos de control deben producirse para hacer efectivos la liquidación y recaudo del mismo".

"La Ley 19 de 1970 consagró una autonomía administrativa y fiscal entre el Distrito Especial de Bogotá y el Departamento de Cundinamarca en lo referente a este tipo de impuesto; y, por lo tanto, no es el caso de aplicarle las normas del Decreto Ley 3258 de 1968, que se refieren solamente a la participación que debe recibir el Distrito, de los impuestos propios del Departamento de Cundinamarca, dentro de los cuales no puede incluírse el impuesto de consumo a los cigarrillos extranjeros, por cuanto la Ley estableció una distinción y creó una autonomía entre ellos para su administración y recaudo".

"Cabría pensar, más bien, si sería obligatorio para el departamento de Cundinamarca, participarle al Distrito Especial el 20o/o de lo que recaude por concepto de este impuesto especial de consumo a los cigarrillos extranjeros en las ventas hechas dentro de su territorio, pero como el Decreto Ley 3258 se estableció por la falta de independencia en el manejo de los recaudos, por cuanto que el Distrito Especial fue una creación posterior a la vigencia de esos impuestos, no sería equitativo, que el Distrito intentara participar de los recaudos que realice el Departamento de Cundinamarca con relación a este nuevo impuesto, puesto que la Ley expresamente separó su administración para cada una de las secciones y eliminó, por lo tanto, la razón de ser de ese reparto, al darle a cada sección la autonomía en el manejo y control de ese impuesto".

Todo lo anterior lleva a la Sala a la conclusión de que el Decreto Reglamentario 008 de 1971 no viola ninguna de las normas citadas por el actor y de ahí por que no habrá de decretarse su nulidad.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 10 de febrero de 1972.

Juan Hernández Sáenz — Hernando Gómez Mejía — Miguel Lleras Pizarro — Gustavo Salazar T.

Hernando Franco Rojas
Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

MARCAS, TIPOS O CLASES DE VINOS. Se declara nulo el art. 6o. del Decreto No. 296 de 1954, reglamentario del Decreto Ley 992 de 1953 que dice: "Las palabras Oporto, Moscatel, Málaga, Vermouth, Champaña etc., usadas generalmente para distinguir las distintas clases de vinos nacionales deberán ir precedidas de los términos 'tipo' o 'estilo' impresos en caracteres perfectamente legibles".

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., febrero ventiuno de mil novecientos setenta y dos.

Exp. No. 31/–1437
Fallo.

Consejero Ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández.

(Aprobado en sesión del día diez y ocho de febrero de mil novecientos setenta y dos.

El doctor Germán Cavelier, en ejercicio de la acción pública de nulidad que establece el artículo 66 del C.C.A. presentó demanda ante el Consejo de Estado a fin de que se declare la nulidad del artículo 6o. del decreto número 296 de 1954, por medio del cual el Gobierno Nacional reglamentó el decreto ley 992 de 1953.

El actor considera que la norma acusada es violatoria de las siguientes disposiciones, por las razones que in extenso expone en el libelo: Artículo 76, en sus ordinales 1o. y 22o. y artículo 120, ordinal 3o., de la Constitución Nacional; artículo único del decreto número 597 de 1904; artículo 32, inciso 3o., de la ley 31 de 1925; artículo 7o. de la ley 63 de 1925; artículo único de la ley 59 de 1936; artículo 277 del C. Penal vigente a tiempo de expedirse la norma acusada; los artículos 1o. a 9o. del propio decreto 992 de 1953 y los artículos 10 y 11 de la ley 155 de 1959.

Tramitado el juicio en la forma legal, se dió traslado al señor Agente del Ministerio Público para concepto. En su vista de fondo el señor Fiscal Primero considera que debe acogerse la súplica de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

> "Dice el artículo 6o. del Decreto 296 de 1954, demandado:
>
> "Las palabras Oporto, Moscatel, Málaga, Vermouth, Champaña, etc., usadas generalmente, para distinguir las distintas clases de vinos nacionales deberán ir precedidas de los términos 'tipo' o 'estilo', impresos en caracteres perfectamente legibles".
>
> El encabezamiento del mencionado Decreto es del siguiente tenor: "Decreto número 0296 de 1954 (febrero 2) por el cual se reglamenta el Decreto Ley número 0992 de 1953".

Ocurre sinembargo, que leído detenidamente el Decreto Ley que se dice reglamentar, no existe en él una sola norma que permita referirse ni a las marcas, ni a los tipos o clases de vinos, pues dicho estatuto se limita a definir qué se entiende por vino nacional, quiénes pueden elaborarlos, quién expedirá las patentes de sanidad respectivas, regula además visitas periódicas a las fábricas y la producción, transporte, conservación y expendio de vinos nacionales.

Analizadas las disposiciones existentes sobre marcas, licores nacionales y extranjeros, tampoco se encuentra ninguna base que permita al Presidente de la República referirse, como lo hizo, en el acto acusado, a las denominaciones o al uso de las palabras contenidas en el artículo 6o. del Decreto 0296 de 1954, en comento.

No debe olvidarse que como reiteradamente lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, la razón de ser de la potestad reglamentaria es llenar los vacíos y detalles para la cumplida ejecución de las leyes, pero so pretexto de esta función no pueden introducirse modificaciones, ni dictar disposiciones nuevas que no previó ni esbozó la norma que se pretende reglamentar. "El reglamento (ha dicho al H. Consejo de Estado) tiene por objeto y por razón de ser, asegurar la aplicación de la Ley que él completa; pero no puede en manera alguna ampliar o restringir el alcance de la Ley, tanto por lo que se refiere a las personas como a las cosas" (Sent. Oct. 18/46).

Como el artículo 6o. del Decreto 0296 de 1954, se refiere a materias no contempladas en el Decreto Ley que dice reglamentar, la Fiscalía considera que se excedió la potestad reglamentaria y, por ende, deben prosperar las peticiones formuladas en la demanda".

El Consejo comparte las anteriores apreciaciones del señor Fiscal colaborador, pues, ciertamente de los distintos conceptos de violación aducidos por el demandante resulta claro el relativo a que la norma acusada desborda las disposiciones del decreto que dice reglamentar y por ende, choca contra los límites que a la potestad reglamentaria le señala el ordinal 3o. del artículo 120 de la Carta. Con efecto, las disposiciones reglamentadas prescriben:

"**Artículo 1o.** Entiéndese por vino nacional de frutas el líquido resultante de la fermentación alcohólica del zumo de frutas nacionales sanas, o de la fermentación de esas mismas frutas frescas o en estado paso, sin adición de otras substancias ni práctica de otras manipulaciones técnicas diferentes a las especificadas en el Decreto 1048 de marzo 23 de 1950, y en las que dicte al respecto, en lo futuro, el Ministerio de Higiene.

Artículo 2o. L elaboración de los vinos nacionales de frutas sólo podrá efectuarse en las fábricas que reúnan las condiciones higiénicas determinadas por el Ministerio de Higiene, y que estén provistas de patente de sanidad.

Desde la vigencia del presente Decreto el Ministerio de Higiene expedirá privativamente la patentes de sanidad, para establecer y abrir nuevas fábricas de vinos.

Artículo 3o. Los vinos nacionales de frutas sólo podrán fabricarse y expenderse con autorización del Ministerio de Higiene, el cual expedirá la licencia respectiva, previa solicitud del interesado y cuando por éste se hayan cumplido todos los requisitos prefijados por aquél sobre documentación que deba acompañarse a la solicitud y sobre análisis de los productos que pretenda fabricar y vender al público.

Artículo 4o. Las licencias de elaboración y los respectivos certificados que el Ministerio de Higiene expida sobre la calidad de los productos y sobre la condición de nacionales que éstos tengan, son suficientes para que se puedan vender en todo el territorio de la República, con las ventajas que tengan los vinos nacionales, sin que las demás autoridades sean nacionales, departamentales o municipales, puedan establecer condiciones de ninguna índole, que entraben el libre comercio de estos productos, con excepción de las especificadas en los artículos 6o. y 7o. de este Decreto.

Artículo 5o. El Ministerio de Hacienda, con intervención de su personal técnico, practicará visitas periódicas a las fábricas de vino y obtendrá muestras de los vinos nacionales de frutas para someterlas al análisis del Instituto Nacional de Higiene. Dichas visitas se verificarán por lo menos una vez al año, y los análisis consiguientes serán de cuenta de los interesados.

Artículo 6o. Las Asambleas Departamentales sólo tendrán la facultad de gravar con impuesto de consumo, en favor de los Departamentos o Municipios, los vinos nacionales de frutas que se produzcan o se vendan en sus territorios, más no aquellos que, legalmente fabricados en otros, viajen en tránsito por el Departamento o Municipio.

El impuesto de consumo que las Asambleas establezcan para los vinos nacionales de frutas producidos fuera del Departamento y vendido al público en territorio de éste, no puede ser mayor que el que hayan fijado para los que se fabriquen en el último; de suerte que si no se gravan éstos tampoco podrán gravarse aquéllos.

Si los Departamentos produjeren o vendieren vinos nacionales de frutas iguales, inferiores o superiores en calidad o en precio a los fabricados por empresas particulares, no podrán establecer impuesto alguno sobre los vinos nacionales de frutas, producidos por estas empresas, dentro o fuera de su territorio.

Artículo 7o. La producción, transporte, conservación y expendio de los vinos nacionales de frutas estarán sujetos a la vigilancia de los agentes departamentales, conforme a las normas que al efecto dicten las respectivas Asambleas, con el único fin de prevenir y castigar los fraudes que pudieran intentarse o cometerse contra la venta de licores destilados o por razón del impuesto de consumo legalmente establecido en favor del Departamento o de los Municipios.

Pero las medidas que con dicha finalidad dicten las Asambleas Departamentales o los Gobernadores al reglamentarlas, o los Concejos Municipales o los Alcaldes, no podrán entrabar ni dificultar directa o indirectamente, ni en modo alguno estorbar la producción de vinos nacionales de frutas, ni su consumo, ni el libre ejercicio de

esta industria. Por tanto, el control de los agentes departamentales se organizará y ejercerá en forma que no cause daño a los vinos durante el proceso de preparación, y las inspecciones que en tal período se practiquen se realizarán de acuerdo con el productor en las fechas oportunas, para evitar la alteración del producto.

Artículo 8o. Los fabricantes de vinos nacionales de frutas que den al consumo estos productos sin cumplir todos los requisitos exigidos por los decretos reglamentarios respectivos, incurrirán en las sanciones establecidas por el artículo 12 del Decreto 1048 de 1950, las cuales se aplicarán mediante el procedimiento que en el mismo se determina.

Artículo 9o. Quedan derogadas todas las disposiciones contrarias al presente Decreto".

Basta confrontar el texto de la norma acusada con las anteriormente transcritas para deducir que aquella no guarda relación alguna de necesidad para la cumplida ejecución de éstas por referirse a una materia no contemplada en ninguno de los textos reglamentados y por lo mismo, no es desarrollo del acto que dice reglamentar.

A más de lo anterior, la aplicación del texto acusado induce, como en forma exhaustiva lo analiza el actor en su extenso libelo, al quebrantamiento de varias normas del derecho marcario como lo serían, entre otras, el inciso 3o. del artículo 32 de la ley 31 de 1925 que restringe el uso de los nombres geográficos para indicar la procedencia del artículo y el artículo 7o. de la ley 63 de 1925 que ordena hacer la denominación de los productos de toda empresa en español y a la vez prohibe que en tal denominación figuren como de procedencia extranjera.

Lo anterior es suficiente para que la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, Sección Primera, en acuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLE;

Es nulo el artículo 6o. del decreto reglamentario número 296 de 1954.

Cópiese, notifíquese, y archívese el expediente.

Los Consejeros.

Lucrecio Jaramillo Vélez — Jorge Dávila Hernández — Alfonso Arango Henao — Humberto Mora Osejo.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTOS. RETENCION EN LA FUENTE DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA. Se declara nulo el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 1986 de 1971. Diferencias entre el pago de salarios y el de indemnización por despido ilegal del trabajador para efecto de la retención en la fuente del impuesto sobre la renta.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – **Bogotá, D.E., abril trece de mil novecientos setenta y dos.**

Consejero Ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

Referencia: Expediente No. 2002

Demanda el doctor *Juan Rafael Bravo Arteaga* que se anule el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 1986 de 1971 porque, en su sentir, contradice lo estatuído en el artículo 1o. de la Ley 38 de 1969 pues mientras esta última norma obliga a retener en la fuente el impuesto sobre la renta cuando se trata del pago de salarios, el texto acusado extiende tal obligación al caso de que se paguen indemnizaciones por el despido de trabajadores.

En el auto del 18 de diciembre de 1971, admisorio de la demanda, fue suspendida provisionalmente la norma impugnada.

Pero el doctor Bernardo Ortíz Amaya, Fiscal 3o. del Consejo, rindió concepto adverso a las pretensiones del libelo.

Dijo el señor Fiscal que el artículo 4o. del Decreto 1986, acusado, es reglamentario del 6o. de la Ley 27 de 1969, según el cual cuando se paguen indemnizaciones por el despido injusto de trabajadores, sólo el 30o/o de lo que reciba el despedido y no reintegrado indemniza el daño emergente y no constituye renta, pues el 70o/o restante es gravable con el impuesto sobre la renta por resarcir el lucro cesante. E infiere de allí la fiscalía que ese 70o/o de la indemnización es un salario pagado anticipadamente por el patrono, sujeto en consecuencia a la retención del impuesto en la fuente, como cualquiera otra retribución de servicios gravable como renta. Asevera finalmente que el texto impugnado lejos de ser violatorio del artículo 1o. de la Ley 38, como lo cree el actor, aplica para un caso concreto el sistema general de retención en la fuente del impuesto sobre la renta regulado por dicho artículo 1o. y varios otros preceptos legales.

Se considera:

Ante todo conviene conocer los textos a que aluden el actor y el concepto fiscal. Dicen así:

I Ley 27 de 1969– Artículo 6o. "Cuando se paguen indemnizaciones por despido injustificado de trabajadores y no se produzca su reincorporación, se presume que el treinta por ciento (30o/o) de lo pagado constituye indemnización por daño emergente, no constitutiva de renta, y el setenta por ciento (70o/o) constituye indemnización por lucro cesante, sometido al impuesto.

"Si la indemnización está acompañada de la reincorporación del trabajador, todo lo pagado estará sometido al impuesto.

"**Parágrafo.** Cuando la indemnización abarque dos o más ejercicios gravables, la cantidad sometida al impuesto se gravará en el año en que se pague, pero podrá prorratearse en proporción al número de años a que corresponda, en la forma que señalen los reglamentos".

II. Ley 38 de 1969 --Artículo 1o.– "Las personas naturales, o jurídicas, las sociedades de hecho, las comunidades organizadas y las sucesiones ilíquidas que efectúen pagos o abonos en cuenta, en dinero o en especie, por concepto de salarios o dividendos, estarán obligadas a deducir y retener en dinero, a título de impuesto sobre la renta y complementarios, los porcentajes de dichos pagos o abonos que señalen de acuerdo con el artículo siguiente".

III. Decreto Reglamentario 1986 de 1971 –Artículo 4o.– "Las personas naturales o jurídicas, las sociedades de hecho, las comunidades organizadas y las sucesiones ilíquidas que efectúen pagos por concepto de indemnizaciones por despido injustificado de trabajadores, estarán obligadas a deducir y retener en dinero efectivo, a título de impuesto sobre la renta, el porcentaje de cada pago que corresponda de acuerdo con las disposiciones precedentes y con las tablas que determine el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para salarios"

Corresponde analizar ahora si la indemnización por despido del trabajador constituye cuando menos en parte el pago anticipado de un salario, como lo cree la fiscalía, o si es más bien un pago de naturaleza diferente, como lo sostiene el demandante.

De acuerdo con el régimen específico del contrato de trabajo como figura jurídica que generalmente rige las relaciones entre la persona que presta servicios subordinados y aquella que por beneficiarse de ellos los remunera, el salario es la retribución de los servicios que puede satisfacerse en cualquiera de las formas que menciona el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Pero como se desprende de la naturaleza misma del contrato de trabajo, que es bilateral y esencialmente oneroso, el pago del salario corresponde a la prestación efectiva del servicio contratado, o cuando menos a la disposición de ánimo del trabajador para prestarlo en la forma estipulada y que no puede llevarse a la práctica por voluntad u obra del patrono.

En todo caso, el pago del salario presupone la vigencia del vínculo laboral entre el empleador y el subalterno. Si este vínculo se rompe por alguna causa legal o ilegítima, lo que reciba por este motivo el antiguo trabajador será a título de indemnización o de prestaciones sociales, pero nunca de remuneración de un trabajo, que es la característica esencial de cualquier especie de salario.

Así pues, si el contrato termina por disposición ilegal del patrono y a causa de ello viene a quedar obligado a pagarle alguna suma a su antiguo servidor, dicho pago corresponde a un resarcimiento de perjuicios a este último por habársele privado injustamente de la oportunidad de recibir un salario por la prestación honorable y eficaz de sus servicios en la forma convenida al celebrarse el contrato de trabajo, verbal o escrito.

De otra parte, la circunstancia de que esta indemnización comprenda, como es lo usual, al pago del daño emergente y el lucro cesante conforme lo recuerda para efectos fiscales el artículo 6o. de la Ley 27 de 1969, en nada desvirtúa su naturaleza jurídica propia como resarcimiento de unos perjuicios ilegalmente ocasionados ni viene a darle a la cuota que, según ese artículo, corresponde a la reparación del lucro cesante el carácter de una remuneración efectiva de servicios realmente prestados. Al contrario, corresponde a la tasación hecha directamente por el legislador, según la antigüedad del despedido, de la suma dejada de devengar por éste como consecuencia de haber quedado privado arbitrariamente de la posibilidad de prestar el servicio remunerable con un salario.

Si, como queda visto, el origen y la naturaleza jurídica del salario y de la indemnización del lucro cesante al trabajador despedido son absolutamente distintos, la sola circunstancia de que una y otra clase de ingresos puedan gravarse con el impuesto sobre la renta no permite aplicar el sistema que para recaudar tal impuesto tenga establecido el legislador cuando se trata de salarios al caso de la indemnización.

Es entonces muy claro que si el artículo 1o. de la Ley 38 de 1969 ordena que al tiempo de pagarse un salario se retenga parte de éste como abono al impuesto sobre la renta correspondiente a tal ingreso, dicha provisión no puede extenderse por vía de simple reglamento al caso de las indemnizaciones por ruptura injusta del contrato de trabajo, desde luego que un proceder semejante implica excederse en el ejercicio de la potestad que la Constitución le atribuye al Presidente de la República para lograr la cumplida ejecución de las leyes.

Y como esto es lo que acontece con el texto impugnado en el presente juicio, se impone acceder a declararlo nulo conforme a las pretensiones del demandante.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, en desacuerdo con el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Es nulo el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 1986 de 1971, impugnado en el presente juicio.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese oportunamente.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 13 de abril de mil novecientos setenta y dos.

Juan Hernández Sáenz — Hernando Gómez Mejía — Miguel Lleras Pizarro — Gustavo Salazar T.

Hernando Franco Rojas
Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO DE RENTA. Se anula el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1963 de 1971, sobre pagos hechos a las casas matrices u oficinas extranjeras por sus filiales, sucursales, o agencias en Colombia, que les hayan sido rechazados a éstas últimas como costo o deducción de sus rentas.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D.E., abril veintiocho de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

Referencia: Expediente No. 1984.

El doctor James W. F. Raisbeck impetra del Consejo que declare nulo el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1963 de 1971 por considerarlo violatorio de los artículos 120, ordinal 3o., de la Constitución 99 del Código Contencioso Administrativo, 23 de la Ley 81 de 1960, 4o. y 11 de la Ley 63 de 1967.

Al admitirse la demanda por medio del auto del 30 de noviembre de 1971 fue suspendido provisionalmente el artículo acusado, pues vino a encontrarse que reproducía para un caso particular lo expresado antes por vía general en un acto que había sido declarado nulo por sentencia del Consejo de Estado, tal como lo alegaba el actor.

Tramitado el juicio, el doctor Raisbeck insistió en sus pretensiones iniciales y el fiscal 3o. del Consejo, doctor Bernardo Ortíz Amaya, conceptuó que debía accederse a la declaración de nulidad.

Corresponde ahora dictar sentencia y, para ello, se expresa lo siguiente:

Como bien lo recuerda el señor Fiscal, la cuestión jurídica planteada en el proceso ha sido ya materia de pronunciamientos por parte de esta Sala, cuya repetición ahora, transcribiendo lo dicho antes o expresando en palabras distintas el mismo concepto, sería cuando menos redundante.

Es oportuno, en cambio, reproducir algunos pasajes del excelente concepto fiscal, cuyo contenido comparte la Sala y que basta por si solo para fundamentar su decisión en este caso.

Dice así el señor Fiscal:

> "Para sustentar su petición, el actor trae a cuento la suspensión provisional y el fallo anulatorio que el Consejo de Estado dictó contra una Circular expedida por la

Dirección General de Impuestos Nacionales, por medio de la cual se instruyó a los funcionarios de esa dependencia, para que liquidaran a las sociedades extranjeras, como renta sujeta a gravamen, el monto de gastos, comisiones y honorarios de administración o dirección, asistencia técnica, explotación o adquisición de intangibles, que les hayan sido pagados, por sus sucursales, filiales o agencias, las que, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 63 de 1967, no hayan sido aceptadas como costos o deducciones de la renta.

"En esa ocasión, tanto la Fiscalía como el Consejo de Estado, estudiaron la situación creada por virtud de esa Circular, y las incidencias que, en la renta, de las filiales, sucursales y agencias de casas extranjeras, producía la no aceptación de esos costos y gastos.

"El artículo 11 de la Ley 63 de 1967, sigue vigente y su disposición es de obligatorio cumplimiento.

"A su vez, el parágrafo 2o. del artículo 4o. de la misma Ley, establece el sistema para aceptar las deducciones por concepto de negocios relativos a intangibles, en desarrollo de la norma que estableció, como gravables, las rentas provenientes de dichas operaciones de enajenación o aprovechamiento.

"Es, por lo tanto, necesario compaginar las dos normas para que en su aplicación no se produzcan fenómenos contradictorios y ajenos al espíritu del régimen fiscal.

"Así, pués, las disposiciones del artículo 4o. de la Ley 66, (sic) se deben aplicar, tanto para las firmas nacionales o extranjeras, en cuanto éllas provengan de operaciones celebradas con terceros con quienes no los una vínculos de orden jurídico que establezcan entre éllas una unidad jurídica o económica, pués, para el caso de los pagos hechos por filiales, sucursales o agencias, la Ley estima como inexistentes dichos pagos, para los efectos fiscales, y por ello, no deducibles de la renta, en sus correspondientes liquidaciones.

"Pero esta consideración fiscal, tiene que proyectarse con todas sus consecuencias y con relación a todas las partes gravadas o favorecidas con esos pagos.

"Así, pués, si la Ley establece, por medio de su artículo 11 que las filiales, sucursales o agencias en Colombia de Sociedades extranjeras no tienen derecho a afectar sus costos, ni a deducir de su renta bruta gastos de esa naturaleza; y por esa vía, se obtiene una mayor liquidación de la renta gravable de esas oficinas; es inconsecuente que a dichas cifras así rechazadas, se les dé validez para gravar con el impuesto correspondiente a las casas matrices que las recibieron.

"Si desde el punto de vista fiscal, dichas cifras no pueden ser motivo de deducción, mal puede buscarse su gravamen en cabeza de quien las recibió, pués, implícitamente, ese gravamen está cobrado ya por razón de haberse afectado en aumento la renta líquida gravable de quien pagó, por la no deducción de esos gastos.

"Acorde con la tesis anterior, el artículo 5o. acusado del Decreto 1963 de 1971, que reglamenta el artículo 4o. de la Ley 63 de 1967, extralimita, en sus disposiciones, el texto de la Ley reglamentada y violenta el espíritu de la Ley tributaria, que no busca, en forma alguna, producir el fenómeno de la doble tributación o del gravamen indebido.

"Como, además, el Consejo de Estado, ha definido, claramente, esta situación, al estudiar una Circular de la Dirección General de Impuestos, que por la vía de instrucciones trató de implantar este sistema, esta Fiscalía es de concepto que las peticiones de la demanda deben prosperar y pide al H. Consejo de Estado, declarar la nulidad del acto acusado".

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal 3o. de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Es nulo el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1963 de 1971, acusado en el presente juicio.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 27 de abril de mil novecientos setenta y dos.

Juan Hernández Sáenz — Hernando Gómez Mejía — Miguel Lleras Pizarro — Gustavo Salazar T.

Hernando Franco Rojas
Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO

COSA JUZGADA. La procedencia de la excepción perentoria de cosa juzgada.

COSA JUZGADA Y COADYUVANCIA

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., junio cinco de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo.

(Sesión del día 26 de mayo de mil novecientos setenta y dos.

Ref: Expediente No. 1537

El doctor Carlos Vélez Gallego, en demanda presentada el 17 de abril del año pasado, pidió que se declare la nulidad del Artículo 28, inciso 2o., del Decreto Reglamentario No. 719 de 1968, por estimarlo violatorio, en síntesis, de las siguientes disposiciones:

Art. 26 de la Constitución, en cuanto la norma acusada, al disponer que contra las resoluciones de expropiación "no cabe ningún recurso por la vía gubernativa y por la contencioso administrativa", priva a los particulares "del más elemental derecho de defensa" con violación del invocado precepto constitucional; Ord. 3o. del Art. 120 de la Constitución, por haber excedido el acto acusado la potestad reglamentaria, que según reiterada jurisprudencia del Consejo y de la Corte "sólo pueden desenvolver lo que explícita o implícitamente está comprendida en la ley", por no referirse las leyes 135 de 1961 y 1a. de 1968 a la materia de que trata el Art. 28 del Decreto Reglamentario No. 719 de 1968; Arts. 51 y 52 del C.C.A., por "sustraer del control jurisdiccional", las resoluciones del Instituto Colombiano de Reforma Agraria sobre expropiación de tierras y Art. 13 del Decreto ley No. 2733 de 1959, que confiere a los particulares el derecho "a solicitar a las autoridades públicas la modificación, corrección o aclaración de sus actos, mediante el ejercicio de los recursos de reposición y apelación", en cuanto al Art. 28 del Decreto No. 719 de 1968, que es de inferior jerarquía normativa, no podía modificarlo.

Parte coadyuvante. Se hizo parte en el juicio el doctor Bernardo Carreño Varela, para prohijar la demanda, en síntesis, con los siguientes argumentos:

1. El acto acusado, además de las disposiciones invocadas por el actor, es violatorio de los Arts. 334, numeral 4o., del C. de R. P. M., 13 del Decreto ley No. 2733 de 1959 y 30 del Decreto ley No. 3130 de 1968, en cuanto

prescriben que contra los actos de la Administración proceden, por la vía gubernativa, los recursos de reposición y apelación "salvo disposición en contrario", tanto porque la ley 135 de 1961 no la consagra como porque el numeral 4o. del Art. 61 ibidem, alude a la ejecutoria de "la providencia sobre expropiación" para significar que "tiene recursos por la vía administrativa", por lo que el acto acusado, "cuando prohibe estos recursos", es ilegal; 2) La ley 135 de 1961, que estableció el grado de consulta, creó "un recurso nuevo, diferente, adicional a los que ya existían y se pretende por este sistema dar mayor agilidad, mayor facilidad de que los trámites simplemente administrativos, dentro de los cuales se incluye la jurisdicción por consulta... sean más rápidos..."; 3) No es fundado el argumento consistente en que "el control jurisdiccional demoraría los procesos de expropiación", en cuanto no se cae "en cuenta que, salvo que el Consejo decretó la suspensión provisional, el proceso administrativo ordinario no suspende el cumplimiento de la resolución...", hasta el punto de que "el Nuevo Código de Procedimiento Civil, si el fallo del Consejo de Estado fuere posterior al del Juez del Circuito que ordena la entrega del predio, trae fórmulas para indemnizar al propietario injustamente desposeído"; 4) El numeral 3o. del Art. 61 de la ley 135 de 1961 limitó el grado de consulta a la verificación de "la clasificación de la tierra y a su calidad de expropiables", mientras que el acto acusado agregó, como cuestión de previo y especial pronunciamiento, "determinar si el Tribunal ha cumplido los trámites y formalidades legales en la etapa administrativa"; 5) Entendida la providencia del Tribunal por la cual se resuelve el grado de jurisdicción por consulta como jurisdiccional, "quedarían por fuera del control administrativo numerosos aspectos de los actos del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria", como los casos que cita por vía de ejemplo; 6) El coadyuvante de la demanda resume su planteamiento en el sentido de que "la ley no prohibió que en resoluciones de Incora que decretan una expropiación se intentaran y aceptaran recursos ordinarios por la vía administrativa", por lo que el acto acusado viola la ley 135 de 1961; que "el recurso de consulta no se opone a que existan recursos normales de plena jurisdicción o de nulidad contra las citadas resoluciones, porque tienen competencia distinta, porque tienen un radio de acción diferente, y porque la primera es un simple trámite administrativo, que en determinadas circunstancias puede causar efectos de cosa juzgada. ....."

Parte opositora. Se hizo parte en el juicio, mediante apoderado, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para oponerse a la acción, en síntesis, o con los siguientes argumentos:

1) El Art. 28 del Decreto Reglamentario No. 719 de 1968 reproduce textualmente el Art. 21 del derogado Decreto Reglamentario No. 1489 de 1962, sobre cuya legalidad se pronunció ya el Consejo mediante sentencia

ejecutoriada, del 22 de septiembre de 1967 por lo que existe al respecto cosa juzgada, "en cuanto a lo literal de la norma, a su contenido esencial, a su objeto y a su causa. . . ", que propone como excepción perentoria; 2) No obsta para ello que la decisión jurisdiccional se hubiera pronunciado sobre Decreto que ya no rige, "puesto que la norma es idéntica en su contenido jurídico, y la suma preclusión no se predica sino a ese contenido esencial, más nunca y sería erróneo pensar, en cuanto al número o distintivo del decreto", como se deduce también del Art. 95 del C. C. A. que prohibe reproducir actos anulados o suspendidos "si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión", lo que permite colegir, a contrario sensu, que "al ser reproducido el acto o la norma administrativa declarada legal si conserva su esencia —como en el presente caso— tiene necesariamente que conservar su legitimidad con el carácter de obligatoriedad y de vinculación que reviste frente al juez de cualquier otro litigio futuro que pudiera provocarse sobre el mismo tema. . . "; 3) El Art. 25 del Decreto No. 719 de 1968 también reproduce el Art. 19 del Decreto No. 1489 de 1962 y la Ley 1a. de 1968 "no modificó ni varió el contenido del inciso 2o. del ordinal 3o. del artículo 61 de la Ley 135 de 1961"; 4) Esta disposición prescribe que corresponde al Tribunal examinar la viabilidad de la expropiación, cuyo contenido desarrolla el Art. 31 del Decreto No. 719 de 1968, que permite revisar íntegramente, mediante el grado de jurisdicción por consulta, "los actos administrativos dictados en orden de la expropiación"; lo contrario, que los mismos actos pueden someterse a varios jueces, además de antitécnico y de contrario a la economía procesal, "iría contra el bien social que se trata de proteger al adelantar una reforma agraria rápida y eficaz"; 5) El alcance de la exposición de motivos del proyecto de ley de reforma agraria no consiste en que se pretendió crear varios recursos concurrentes, sino "una institución nueva, más rápida y efectiva" para que los propietarios puedan "salvaguardiar la recta aplicación de la ley", por lo que las críticas "se dirigen a los motivos plausibles o no que haya tenido en cuenta el legislador al expedir la ley instaurando un solo recurso especial, mas no a las normas reglamentarias"; 6) El Art.30 del Decreto ley 3130 de 1968 no pudo violarse por el acto acusado por ser posterior; tampoco infringió el Art. 13 del Decreto ley No. 2733 de 1959 que prescribe los recursos que proceden por la vía gubernativa, tanto porque la resolución de expropiación, dictada por el Director del Instituto Colombiano de Reforma Agraria no es susceptible del recurso de apelación, como porque el de reposición pudo omitirse en virtud de lo dispuesto por el mismo Art. 13 del Decreto ley 2733/59 que lo consagra, "salvo disposición especial en contrario", como la que prescribe el régimen de la consulta.

La vista fiscal. El señor Fiscal 1o. del Consejo conceptúa que precisa negar la súplica de la demanda, por considerar que el acto acusado, como sostuvo el

Consejo en sentencia del 22 de septiembre de 1967 al denegar la petición para que anule el Art. 21 del Decreto No. 1489 de 1962, no viola ninguna de las normas invocadas, sino que legalmente reglamenta el Art. 61 de la Ley 135 de 1961.

Audiencia Pública. A solicitud de la parte coadyuvante se realizó audiencia pública, en la cual las partes expusieron sus puntos de vista sobre el caso subjudice, que algunas resumieron oportunamente.

Las consideraciones de la Sala. Surtido normalmente el trámite del juicio, se procede a resolver mediante las siguientes consideraciones:

1. **El acto acusado y el Decreto No. 1489 de 1962.** El Art. 28 del Decreto Reglamentario No. 719 de 1968, cuyo Art. 41 derogó expresamente el Decreto Reglamentario No. 1489 de 1962, reproduce íntegra y textualmente el Art. 21 de éste y prescribe que "contra la resolución que decrete una expropiación, conforme al artículo 26 del presente Decreto, no cabe recurso alguno por la vía gubernativa ni por la contencioso administrativa, pero sí el grado de jurisdicción por consulta, establecido por el inciso 2o. del numeral 3o, del artículo 61 de la Ley 135 de 1961, si lo solicitare el propietario, su apoderado o curador en el término hábil ante el Gerente del Instituto", según el Inc. 2o. ibídem, ante el Tribunal Administrativo con jurisdicción en el territorio de ubicación del inmueble o, si comprende a varios, ante cualquiera de ellos a prevención. Precisa, por tanto, examinar si, como pretexto y pido que se declare el apoderado del Instituto Colombiano de Reforma Agraria, está o no demostrada la excepción parentoria de cosa juzgada.

2. **La procedencia de la excepción perentoria de cosa juzgada.** Según el Art. 109 del C.C.A., en los juicios contencioso–administrativos sólo son procedentes "las excepciones que se oponen a lo sustancial de la acción", que pueden alegarse por las partes en cualquiera de las etapas e instancias del juicio, desde la fijación en lista hasta la citación para sentencia y aún declararse oficiosamente si se encuentran "justificados los hechos u omisiones que las constituyen" (Art. 109 y 111). La excepción perentoria de cosa juzgada requiere, en las acciones de nulidad, como la del caso sub judice, que existe identidad de objeto y de causa con otro juicio anteriormente decidido en el fondo mediante sentencia ejecutoriada (Art. 282 del C. C. A. y 332 del C. de P. C.). Por objeto del litigio se entiende la pretensión y por causa la razón de pedir (A. Schoncke, Derecho Procesal Civil, Págs. 266 y 268, E. J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Págs. 432 y 435), determinada por las normas invocadas y los conceptos de violación que constituyen requisitos indispensables de la demanda (Art. 84 Ordinal 4o., del C. C. A.), en cuanto circunscriben el

poder del juzgador en consideración de la índole diversa del Derecho Administrativo, que no permite el orden absoluto, sino sólo conforme a los cargos formulados, del acto acusado, a diferencia del Art. 2o. de la Ley 96 de 1936 que prescribe a la Corte el deber de examinar la constitucionalidad del acto que revisa o de la acción que conoce en todos sus extremos, aún respecto de normas constitucionales no invocados o de motivos diferentes a los aducidos en la demanda.

3. **Los alcances de la sentencia de la Sala del 22 de septiembre de 1967, y el caso Sub-Judice.** La Sala, mediante sentencia del 22 de septiembre de 1967, decidió la acción de nulidad promovida contra el Decreto No. 1489 de 1962, reglamentario de la Ley 135 de 1961 "sobre reforma social agraria". Respecto del caso **sub judice**, no accedió a declarar la nulidad del Art. 21, Inc. 1o., del mencionado Decreto que reglamentaba, según se expuso, el grado de jurisdicción por consulta y que fué reproducido integramente por el Art. 28 del Decreto Reglamentario No. 719 de 1968. Los cargos fundamentales contra la ameritada norma consistieron en considerarla violatoria de los Arts. 61, numeral 3o., Ord. 2o., de la ley 135 de 1961, 62, 67, 72, y 73 del C.C.A. por exceder potestad reglamentaria al excluir o sustraer de las acciones jurisdiccionales ordinarias las resoluciones por las cuales el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria dispone la expropiación de fundos rurales, no obstante que la ley las prescribe para todos los actos administrativos, hasta permitir a la Administración, mediante el Ministerio Público, promover la de nulidad, con las únicas excepciones previstas en el Art. 73 del C.C.A. El Consejo fundó su decisión, a este respecto, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) Si entre el Instituto Colombiano de Reforma Agraria y el propietario no hay acuerdo sobre la transferencia voluntaria de la tierra, aquél puede dictar la resolución de expropiación, que se consulta con el correspondiente Tribunal Administrativo, a instancia del propietario dentro del término legal, con el objeto de que haga valer su derecho "contra equivocaciones, errores o posibles abusos del instituto"; b) Absuelta la consulta, "previo dictamen de peritos y aprobada o modificada la clasificación y determinada la viabilidad de la expropiación, la providencia del Instituto seguirá su curso normal que no es otro sino aquel que la ley le señala, vale decir, la iniciación del juicio para expropiar. . . "; c) "La ley manda al Tribunal que siga el procedimiento que señala el decreto reglamentario", que el acto acusado lo instituye con tal finalidad; d) Por tanto, si la consulta con el Tribunal Administrativo se ha instituído en beneficio del propietario y no de nadie más, no se ve cómo contra la resolución ameritada puedan caber más recursos por la vía gubernativa o contenciosa, cuando el de consulta los excluye con toda lógica por antagónicas. No peca, pues, el reglamento por adición de la ley y consiguientemente no infringe las disposiciones superiores invocadas. Y no lo

sustrajo de la jurisdicción contencioso administrativa porque al establecer el grado de consulta la hace intervenir en el negocio y en tal forma que su decisión es definitiva. .".

4. **La cosa juzgada en el caso sub judice.** Según lo expuesto, confrontando lo resuelto por la sentencia del Consejo del 22 de septiembre de 1967 con la pretensión y la causa pretendi de la acción que se decide, se trata de litigios similares, sobre actos que, aunque distintos en su denominación, son idénticos en su contenido, por lo que es fundada la excepción de cosa juzgada alegada por la parte opositora; pues, aunque formalmente en los dos casos que se relacionan existe distinto petitum, por pedirse la nulidad del Art. 21, Ord. 1" del Decreto No. 1489 de 1962 y la del Art. 28, Inc. 2o. del Decreto No. 719 de 1968, se trata la misma materia, por ser éste reproducción textual de aquél, y de acciones fundadas en los mismos objeto y causa, como así también se deduce el Art. 99 del C.C.A., invocado por la parte opositora, que proyecta lo decidido sobre la ilegalidad de un acto al que lo reproduce esencialmente y, en sentido contrario, la declaración de su legalidad al que reitera su contenido, como en el caso sub judice, con los mismos fundamentos legales. Tal es también la solución de la doctrina al afirmar, entre los requisitos de la cosa juzgada, "que ambas pretensiones se deduzcan en relación de un mismo acto de la administración, o bien que la segunda se deduzca en relación de uno que es reproducción del anterior. . . " (J. González Pérez, Derecho Procesal Administrativo, Tomo 2o., Pág. 931).

Es cierto que en la demanda de que se trata la acción se funda, además de los Arts. 51 y 62 del C.C.A., en la violación de los Arts. 26 y 120, Ord. 3o. de la Constitución y 13 del Decreto ley No. 2733 de 1959; pero, por una parte, ello como consecuencia de que se acusa el acto, esencial y directamente, de extralimitar el Ord. 3o., Inc. 2o., del Art. 61 de la ley 135 de 1961, aspecto examinado y decidido por el Consejo en la sentencia del 22 de septiembre de 1967, por lo que también queda comprendido en la excepción de cosa juzgada; además, el cargo de que el acto acusado omitió la vía gubernativa fué también analizado y resuelto por la mencionada sentencia del Consejo. Respecto de los Arts. 334, numeral 4o., del C. de R. P. M. y 30 del Decreto ley No. 3130 de 1968, invocados como violados por la parte coadyuvante, basta observar, en primer término, que ésta, en las acciones de nulidad, como la del caso sub judice, aunque puede obrar autónomamente para favorecer a la parte adyuvada, queda ligada por la demanda, que no puede modificar o adicionar, como al invocar la infracción de nuevas normas; además, que aun en la hipótesis de que procediera analizarlas, también atañen a que el acto acusado prescinda de la vía gubernativa, cargo decidido, como se expuso, por la sentencia del Consejo del 22 de septiembre de 1967.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción perentoria de cosa juzgada.

Publíquese, notifíquese, cópiese y archívese, previa ejecutoria.

Lucrecio Jaramillo Vélez — Alfonso Arango Henao — Jorge Dávila Hernández — Humberto Mora Osejo

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO DE RENTA. Determinación de la renta líquida gravable. Se anula el Art. 22 del Decreto Reglamentario 154 de 1968.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta –
Bogotá Junio ocho de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía.

Ref.: Exp. No. 1971
Decretos del Gobierno.
Actor: Doctor Juan Rafael Bravo Arteaga.

El Dr. Juan Rafael Bravo Arteaga, en ejercicio de la acción pública, demandó ante el Consejo de Estado la nulidad del artículo 22 del Decreto Reglamentario 154 de 1968 y señala en su demanda como especialmente violados los artículos 23 de la Ley 81 de 1960, el numeral 1o. del artículo 43 de la misma disposición y 10o. incisos 2, 3 y 4 del Decreto 1366 de 1967, disposiciones que más adelante se transcribirán.

Afirma el demandante que conforme a la Ley 81 de 1960 el proceso de depuración de la renta es muy claro e indica los factores que deben tenerse en cuenta para llegar a la renta líquida gravable: de los ingresos que produzcan enriquecimiento se restan los costos y así resulta la renta bruta; de ésta se restan las deducciones obteniéndose la renta líquida y a ésta se le quitan las exenciones para obtener la renta líquida gravable.

En cambio, en la norma acusada es preciso separar la renta bruta gravable de la renta bruta exenta, con lo cual se establecen dos rentas brutas; las deducciones se deben separar también como imputables a rentas gravables y a rentas exentas, advirtiendo que si no es posible una separación lógica se debe hacer una separación proporcional. Las deducciones imputables a las rentas brutas gravables y las que son imputables a las rentas brutas exentas se deben restar independientemente razón por la cual también habrá dos rentras líquidas.

De este análisis comparativo deduce el actor que existe una incompatibilidad entre la norma acusada con la ley sustantiva; al analizar las violaciones al artículo 10o. del decreto 1366 de 1967 se expresa así el demandante:

> "Obsérvese que el Decreto Ley ordena deducir las expensas necesarias para "el desarrollo de cualquier *actividad* cuya renta sea gravable" (inciso 3o.) y no las

expensas "imputables a las rentas gravables" (inciso 2o. norma acusada). Para el Decreto Ley el concepto medular está en la actividad; para el Decreto Reglamentario en la base gravable".

"Pero es más, el Decreto Ley quiere subrayar que lo importante es la actividad cuando agrega, en el inciso 2o., que debe aplicarse un *"criterio comercial"*, teniendo en cuenta *"la clase de actividades de que se trate"*. En cambio, el Decreto reglamentario prescinde del criterio comercial para entronizar un criterio fiscal, y no vacila en ordenar que, si no se puede establecer la relación lógica entre los gastos y la renta gravable, se haga una distribución proporcional, lo cual es arbitrario y anticomercial".

"Tomemos el ejemplo de un negocio de exportación. El contribuyente obtiene el producto de su venta en el exterior y el incentivo llamado *Cat* (15o/o de los reintegros al Banco de la República), que es una renta exenta, (art. 40 D.L. 1366/67). Como al exportador no le es posible distinguir entre los gastos imputables a la utilidad gravable y a los CATS, será necesario hacer un prorrateo para dar cumplimiento a la norma acusada. Tal procedimiento es completamente contrario al "criterio comercial" que ordena aplicar el Decreto Ley".

"Se preguntará: qué significa la expresión "en el desarrollo de cualquier actividad *cuya renta sea gravable? "* (subrayado en la parte final)".

"Hay dos posibles interpretaciones":

"a) Significa que la actividad debe dar origen a una renta *efectivamente* gravable, o"

"b) Significa que la actividad debe dar origen a una renta sujeta al sistema tributario colombiano".

"La primera interpretación, que está implícita en la norma acusada, conduce a situaciones absurdas como las siguientes":

"a) Si un negocio cualquiera produce pérdidas, los gastos imputables al mismo no serían deducibles, con lo cual se viola el principio de la renta global imperante en la legislación colombiana sobre impuestos de renta".

"b) Si una sociedad goza de la exención de industria básica, (art. 112, Ley 81/60) no tendría derecho a deducciones, con lo cual los socios podrían verse afectados en forma más onerosa que el beneficio recibido por la compañía".

"La segunda interpretación, por el contrario, está de acuerdo con el sistema general de la Ley 81 de 1960 y con otros textos análogos de la misma como los siguientes: "(Subraya el demandante)".

En tiempo oportuno el actor alegó para reiterar las tesis propuestas en la demanda e igualmente se recibió vista Fiscal 3o. Dr. Bernardo Ortiz Amaya.

A petición del actor se celebró una audiencia en donde ambas partes, es decir el actor y el señor Fiscal, tuvieron oportunidad de exponer ampliamente sus tesis contrarias entre sí ya que el Fiscal ha solicitado insistentemente que no se acceda a las súplicas de la demanda. Presentados los resúmenes que exige la ley sobre las alegacions orales se citó para sentencia y como tal providencia está ejecutoriada ha llegado el momento de dicidir sobre el problema planteado para los cual se considera:

Como siempre es de usanza en estos negocios, se procede a transcribir la disposición acusada, lo mismo que las que se afirma que han sido violadas para que al hacer la confrontación entre ellas, puedan sacarse las deducciones que se estimen pertinentes.

Artículo 22. Decreto Reglamentario 154/68.

"**Artículo 22.** Para determinar la renta líquida, deben restarse de la renta bruta las deducciones legales de cualquier actividad cuya renta sea gravable de conformidad con el artículo 43 de la Ley 81 de 1960, independientemente de los gastos, pérdidas u otras disminuciones inherentes a la obtención de rentas exentas".

"Los contribuyentes que obtengan durante un ejercicio fiscal rentas gravables y rentas exentas, deberán relacionar separadamente en su declaración de renta y patrimonio las deducciones imputables a las rentas gravables y los gastos, pérdidas u otras disminuciones imputables a las rentas exentas".

"Cuando las informaciones suministradas en la declaración de renta no permitan determinar la relación de causalidad de las deducciones correspondientes al desarrollo de actividades cuyas rentas sean gravables y de los gastos, pérdidas u otras disminuciones inherentes a actividades cuyas rentas sean exentas, se considerará que afectan a unas y otras rentas en igual proporción. En consecuencia, se dividirán proporcionalmente entre las rentas susceptibles de gravamen y las rentas que en virtud de normas especiales sean exentas".

"El inciso anterior no se aplica a las rentas exentas por razón de su destinación, tales como las reservas para protección y recuparación de activos o para fomento económico, ni a aquellas cuya percepción, por su misma naturaleza, ordinariamente no implican gastos, tales como las prestaciones sociales, los dividendos o intereses exentos, siendo entendido que si los implicaren estarán afectados en la cuantía de esos gastos".

Ley 81 de 1960.

"**Artículo 23.** La renta líquida gravable se determina así:"

"De la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, cualquiera que sea su origen y siempre que constituyan enriquecimiento, se sustrae el costo imputable a los ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. De la cantidad así determinada se restan las deducciones legales, y se obtiene la renta líquida. Este último resultado, menos las exenciones, constituye la renta líquida gravable, a la cual se le aplica la tarifa del impuesto".

Numeral 1o., artículo 43.

"**Artículo 43.** Las deducciones que pueden restarse de la renta bruta para obtener la renta líquida son las siguentes":

1. Las expensas necesarias pagadas durante el año o período gravable de que se trate, en el desarrollo de cualquier actividad cuya renta sea gravable".

Decreto Extraordinario 1366 de 1967 (Artículo 10o., incisos 2, 3 y 4).

"**Artículo 10o.** El numeral 1o. del artículo 43 de la Ley 81 de 1960 quedará así:

"Las deducciones que pueden restarse de la renta bruta para obtener la renta líquida son las siguientes"

"Las expensas necesarias pagadas durante el año o período fiscal en el desarrollo de cualquier actividad cuya renta sea gravable".

"La necesidad de los gastos deberá determinarse con criterio comercial, teniendo en cuenta los normalmente acostumbrados en la clase de actividades de que se trate y las siguientes disposiciones":

El señor Fiscal para oponerse a las pretensiones de la demanda dice entre otras cosas lo siguiente:

"El mismo estatuto legal, en su artículo 43 establecía o aclaraba, qué clase o tipo de deducción podía restarse de la renta bruta para obtener la renta líquida; y en el inciso 1o. del mismo, mencionaba: "las expensas necesarias pagadas durante el año o período gravable de que se trate, en el desarrollo de cualquier actividad *cuya renta sea gravable* (subraya la Fiscalía). También se mencionó en dicho artículo que la necesidad de esas expensas debía determinarse con criterio comercial".

"La anterior norma fue sustituída por el artículo 10o. del Decreto Ley 1366 de 1967 que es el reglamentado por el Decreto 154 de 1968; y en éste, repite, nuevamente, que sólo se pueden descontar las expensas necesarias correspondientes al desarrollo de cualquier actividad cuya renta sea gravable".

"Tanto la norma derogada como la que la sustituyó, hacen referencia a las expensas necesarias deducibles y correspondientes a rentas sujetas a gravamen fiscal".

"Dicha enunciación o principio está, por lo tanto, excluyendo las expensas correspondientes a las rentas que no están sujetas a gravamen; o sea, las rentas exentas, a que se refería el artículo 47 de la Ley 81 de 1960 y que fue sustituído en sus numerales 1o., 2o. y 3o. por los artículos 19, 20 y 21 del Decreto Ley 1366 de 1967".

"El actor considera que, con el procedimiento consagrado en los dos primeros párragos del artículo acusado, se ha cambiado el procedimiento para obtener la

renta líquida gravable a que se refiere el artículo 23 de la Ley 81 de 1960 y afirma que si se aplica el primero de los procedimientos habrá dos rentas brutas y luego, será necesario también, liquidar dos rentas líquidas distintas".

"No tiene razón, el actor, al hacer esa afirmación, pues, tanto lo dispuesto por la Ley, como el procedimiento establecido en el artículo acusado, parten de la base de que la renta bruta es una y corresponde al guarismo que resulta de sumar la totalidad de los ingresos que produzcan enriquecimiento, disminuídos con el valor de los costos de adquisición de los bienes que han dado origen a la renta global".

"En ninguna parte del artículo acusado se habla de la separación de rentas brutas a que se refiere el actor como el procedimiento indicado en dicha norma".

"Pero, en cambio, claramente, establece que a esa renta bruta calculada en tal forma, no se le pueden deducir sino las expensas necesarias a las rentas sujetas a gravamen; es decir, que no puede ser deducible del monto de la renta bruta, en donde están incluídas las rentas gravables y las no gravables, sino los costos correspondientes a la actividad que generó las rentas que son materia de gravamen".

Es importante tener en cuenta que en las disposiciones citadas sobre lo que constituyó la renta gravable se tiene de ésta un concepto global unitario, no discriminado, en otras palabras, para llegar a lo que la ley considera como renta líquida gravable no se toma como criterio orientador un concepto que pudiéramos llamar celular en el sentido de hacer separaciones o células de la deducción para llegar a lo que debe tenerse por renta líquida

En efecto: En el artículo 23 de la Ley 81 de 1960 se establece la forma de de depuración de la renta de una manera simple al hablar del monto global de los ingresos se sustrae el costo imputable a ellos, con lo cual se obtiene la renta bruta; de esta cantidad se restan las deducciones legales, y se llega a la renta líquida, la cual, menos las exenciones, constituye la renta gravable. El artículo habla de renta de deducciones legales las cuales aparecen explicadas en el artículo 43 en donde se dice que son las expensas necesarias pagadas durante el período gravable en el desarrollo de cualquier actividad cuya renta sea gravable.

El artículo 10o. del Decreto 1366 de 1967 en lo relativo a deducción de expensas necesarias prácticamente nada agrega a lo dicho en el 43 pues se limita a cambiar la expresión período o año gravable por período fiscal, las cuales son equivalentes porque ambas se refieren a un mismo lapso que es el que se tiene en cuenta para establecer los respectivos gravámenes.

Es bueno recalcar que en ambas disposiciones se mantiene un criterio unitario sobre la deducción de expensas necesarias en el desarrollo de cualquier actividad cuya renta sea gravable; ninguna distinción se hace respecto de deducciones sobre renta gravable y sobre rentas exentas sino que

se toma, como ya se ha dicho, en su unidad la renta para deducir la líquida y terminar con la líquida gravable previas las exenciones.

Por esas consideraciones cuando el inciso 2o. del artículo 22 del Decreto 154 de 1968 establece la obligación de relacionar en la declaración de renta las deducciones de rentas gravables y las imputables a rentas exentas, establece una distinción, una exigencia, un requisito que no están previstos en las leyes reglamentadas y por lo mismo es claro que en este artículo hubo desviación de la función reglamentaria que corresponde al Presidente de la República según el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Finalmente, es bueno anotar que como lo expuso el señor abogado demandante en la audiencia, el punto de vista que aquí se expone no es nuevo porque ya el Consejo de Estado tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia dictada bajo la vigencia de la Ley 78 de 1935, dice sobre el particular lo siguiente:

> "En la jurisprudencia del Consejo de Estado, la deducibilidad de los gastos, sin distinguir lo imputable a rentas gravables o exentas, está elevada a la categoría de axioma":
>
> "Pues bien: los artículos 1o. y 2o. de la precitada ley, en armonía con lo dispuesto en el artículo 87 del Decreto Reglamentario 818 de 1936 establecen las normas que se han de aplicar en la liquidación del impuesto sobre la renta que corresponde pagar a los contribuyentes. De acuerdo con los susodichos ordenamientos *legales* se determina la renta líquida gravable de los contribuyentes, así: *De la renta bruta se restan las deducciones legales para determinar la renta líquida, y de ésta debe sustraerse el monto de las rentas exentas y las exenciones personales y por personas a cargo del contribuyente;* es decir, la renta gravable es el resultado aritmético de restar las deducciones legales del total de la renta bruta, y del saldo resultante a su vez debe restarse el monto de las rentas exentas y de las exenciones personales y por personas a cargo. *Significa lo expuesto tributariamente que no hay lugar a prorrateo de las deducciones solicitadas por los contribuyentes entre las rentas gravables y las rentas exentas. Igual procedimiento debió haberse seguido* con relación a la liquidación del impuesto complementario de patrimonio, pero no se procedió así en el caso de autos, donde resulta la *ilegalidad* del acto administrativo contenido en las providencias acusadas". (He subrayado. Sentencia del 25 de junio de 1959. Tomada de los Anales del Consejo de Estado. Extractos de algunas sentencias 1958 – 1959 pág. 150).
>
> "Al respecto cabe observar: a) aunque el texto jurisprudencial corresponde a un juicio de revisión de impuestos, la fundamentación del Consejo de Estado se hace sobre la Ley 78 de 1935 y su decreto reglamentario, que es derivación de aquélla; b) la Ley 78 de 1935, en su artículo 2o., era esencialmente igual a la Ley 81 de 1960, pues aquella hablabla de expensas "de cualquier comercio o negocio cuya renta sea gravable"; c) La Ley 81 de 1960 incluyó el concepto de "criterio comercial" con el objeto de "hacer más flexible la deducción", según la exposición de motivos de la

ley (Reforma Tributaria de 1960; Escuela Superior de Administración Pública. Tomo I pág. 87)".

Lo anterior lleva a la Sala a la conclusión de que la providencia acusada es violatoria de las leyes que ya se indicaron y del ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución por lo cual habrá de accederse a las súplicas de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en desacuerdo con su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Es nulo el artículo 22 del Decreto Reglamentario 154 de 1968.

Cópiese, notifíquese, y archívese.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 8 de junio de 1972.

Juan Hernández Sáenz – Hernando Gómez Mejía – Miguel Lleras Pizarro – Gustavo Salazar T.

Hernando Franco Rojas
Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO

CONSEJO DE ESTADO. Competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de nulidad contra el Art. 30 del Decreto No. 432 de 1969.

DECISION INHIBITORIA POR SUSTRACCION DE MATERIA. Argumentos en contra de la doctrina de la Decisión Inhibitoria por sustracción de materia. Nulidad del Art. 30 del Decreto 432 de 1969.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. La guarda de la integridad de la Constitución correspondiente a la Corte como atribución jurisdiccional autónoma.

Sesión del día veintiseis de mayo de mil novecientos setenta y dos.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., junio ocho de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo.

Ref.: Expedientes Acumulados
Números 1431 y 1420.

Se deciden los juicios acumulados Nos. 1431 y 1420, adelantados para decidir la acción promovida por los doctores Herman Gans Abello y César Castro Perdomo para que se declare la nulidad del artículo 30 del Decreto No. 432 del 26 de marzo de 1969 del Gobierno Nacional, que dispone: "Cuando al proceder al fallo de constitucionalidad de una ley, o decreto, encontrare la Corte que la norma revisada o acusada perdió ya su vigencia, la decisión será inhibitoria, por sustracción de materia".

I. **Los fundamentos de la Acción.** Se acusa el Art. 30 del Decreto No. 432 del 26 de marzo de 1969 del Gobierno Nacional por violación de los Arts. 121, Páragrafo, 122, Parágrafo, 214 de la Constitución, según los conceptos de violación que se sintetizan así:

a) **Parágrafo del Art. 121 de la Constitución.** Mientras el Art. 121, parágrafo, de la Constitución adscribe a la Corte Suprema de Justicia "el pronunciamiento definitivo acerca de la constitucionalidad de los decretos legislativos dictados por el Gobierno durante el Estado de Sitio", lo que implica un pronunciamiento de fondo, el acto acusado lo autoriza para no hacerlo, ya que la inhibición "es lo contrario de una decisión sobre el problema de fondo controvertido", por lo que la Corte debe decidir se encuentre o no vigente la norma acusada, como así sostuvieron en su salvamento de voto algunos Magistrados de esa entidad.

b) **Parágrafo del Art. 122 de la Constitución.** Lo mismo sucede con el Parágrafo del Art. 122 de la Constitución, que al prescribir que el Gobierno envíe a la Corte Suprema de Justicia, el día siguiente a su expedición, "los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad", sin perjuicio de que, si el Gobierno omite esta obligación, puede aprehender "inmediatamente de oficio su conocimiento", exige una decisión sobre la constitucionalidad de los mismos, lo cual excluye la posibilidad del pronunciamiento inhibitorio.

c) **Art. 214 de la Constitución.** Mientras esta norma de la Constitución "hace obligatorio para la Corte Suprema de Justicia el pronunciamiento a fondo sobre la constitucionalidad de la respectiva Ley o Decreto acusados, para que se juzgue su contenido en relación con los ordenamientos de la Carta Fundamenta", el acto acusado la autoriza "para hacer precisamente todo lo contrario de ese juzgamiento sobre el contenido del acto **sub judice**, ya que autorizar un fallo inhibitorio es precisamente autorizar todo lo contrario de lo ordenado en el artículo 214 de la Constitución Nacional...".

II. **La solicitud de Suspensión Provisional.** El doctor César Castro Perdomo pidió en la demanda la suspensión provisional del acto acusado, solicitud que le fué denegada por auto de Sala Unitaria del 23 de junio de 1970, por haberse estimado que no es manifiestamente violatorio de las normas constitucionales invocadas y que se trata de un problema de fondo que debe decidirse en la sentencia.

III. **La vista Fiscal.** El señor Fiscal 1o. del Consejo conceptúa que no procede acceder a la nulidad impetrada, sin pretender desvirtuar los argumentos aducidos en los salvamentos de voto, que en parte transcribe, por algunos de los Magistrados de la Corte, por considerar "que mal podría decirse que es constitucional o inconstitucional un decreto que por expresa derogatoria o por el levantamiento del estado de sitio, dejó de tener vida jurídica y por consiguiente perdió toda su efectividad"; que "si la Corte al pronunciarse sobre una norma que no tiene vigencia la declara constitucional o inconstitucional, dictaminará sobre algo que fué y ya no es, es decir, estaría operando sobre un pasado sin fundamento en el presente, lo que implicaría un desplazamiento de su función, con mengua de sus múltiples actividades orientadas hacia el verdadero control constitucional de otras normas que al tener vigencia no sólo tendrían que operar respecto al presente sino que también tendrían que reflejarse hacia el futuro"; y que "la sola posibilidad de que dentro del estado de sitio el Gobierno pueda derogar decretos legislativos sustituyendo "unos por otros después de producir efectos, pero antes del fallo, haciendo imposible el dictamen de la Corte", no

alcanza a ser argumento suficiente que pueda conducir a invalidar la disposición acusada, pues en un estado de derecho, así como la Corte tiene obligación de ceñirse a las reglas que orientan sus funciones, en la misma forma el Gobierno tiene que ajustarse a las que determinan las suyas, sin que unas hipotéticas desviaciones puedan tomarse como base para estructurar un criterio jurídico dirigido a evitar meras posibilidades". Y, en su concepto de fondo en los expedientes acumulados, agrega que "se permite sugerir, en relación con los dos procesos, la falta de competencia del H. Consejo para conocer de las demandas de "inconstitucionalidad" contra decretos proferidos en ejercicio de facultades transitorias concedidas por la misma Constitución, por lo cual las respectivas demandas no han debido ser siquiera admitidas".

IV **Las consideraciones de la Sala.** Tramitados y acumulados los autos legalmente, la Sala procede a decidir mediante las siguientes consideraciones, principiando por analizar, como sugiere el señor Fiscal 1o., la jurisdicción y la competencia del Consejo para conocer de la acción.

1. **La jurisdicción y la competencia del Consejo.** El Art. transitorio No. 76 del Acto Legislativo No. 1 de 1968 facultó al Gobierno, en su literal c), "para tomar las medidas administrativas necesarias al establecimiento de los servicios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y para dictar, mientras la ley no lo haga, las normas relativas a su funcionamiento y las procedimentales para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo". Con base en tales atribuciones, el Gobierno dictó el Decreto No. 432 del 26 de marzo de 1969, según reza su epígrafe, "por el cual se dictan normas relativas al funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y procedimentales para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo", cuyo Art. 30 dispuso: "Cuando al proceder al fallo de constitucionalidad de una ley, o decreto, encontrare la Corte que la norma revisada o acusada perdió ya su vigencia, la decisión será inhibitoria, por sustracción de materia".

Se trata, en consecuencia, de facultad o atribución que en principio corresponde al Congreso (Arts. 147 y 151, Ord. 4o., de la Constitución y 76 del Acto Legislativo No. 1 de 1968), pero adscrita constitucional y transitoriamente al Gobierno, "mientras la ley no lo haga", con la finalidad indicada. El Decreto No. 432 del 26 de marzo de 1969, dictado con base en ella, aunque materialmente se asimila a la ley, hasta el punto de reemplazarla mientras se dicta, orgánicamente considerado, en cuanto dictado por el Gobierno, es un reglamento constitucional transitorio, como los demás de su índole o naturaleza, de cuya acusación de inconstitucionalidad es competente para conocer el Consejo de Estado, de conformidad con el Art. 216 de la Constitución, no la Corte Suprema de Justicia que solo conoce, como ha sostenido reiteradamente, en guarda de la integridad de la

Constitución, de los casos taxativamente señalados en los Arts. 214, 121 y 122 ibidem, entre los cuales no se cuenta el Decreto de que se trata. Por tanto, el Consejo tiene jurisdicción y competencia para conocer, por lo que procede resolver en el fondo.

2. **Análisis de los cargos contra el Art. 30 del Decreto No. 432 de 1969.** Según lo expuesto anteriormente, los cargos contra el Art. 30 del Decreto No. 432 de 1969 consisten, esencialmente, en que se le acusa por violación de los Arts. 121, Parágrafo, 122, Parágrafo, y 214 de la Constitución, en cuanto dispone, respecto de los asuntos de constitucionalidad, que si "la norma revisada o acusada perdió ya su vigencia", la Corte debe pronunciar decisión inhibitoria, "por sustracción de materia", no obstante que las normas invocadas le adscriben la atribución de pronunciarse sobre su constitucionalidad sin limitación alguna.

1. **El caso sub judice y la jurisprudencia.** El problema atañe a la discusión sobre los alcances de la sentencia pronunciada por la Corte en asuntos de constitucionalidad, definidos por la jurisprudencia de la misma, en síntesis así:

a) Si la ley o decreto objeto de la acción o revisión de constitucionalidad están vigentes en el momento de proferir la decisión, procede resolver en el fondo, en guarda de la Constitución, en cuanto el pronunciamiento que se haga, de constitucionalidad o inconstitucionalidad, tiene consecuencias futuras. Por tanto, si se verifica que la ley o decreto objeto de la acción o revisión de constitucionalidad, perdió su vigencia, precisa proferir decisión inhibitoria por sustracción de materia (V. Sentencias de 24 de noviembre de 1942, G. J. Tomo LIV, Pág. 396; 30 de julio de 1955, G. J. Tomo LXXX, Pág. 644; 14 de marzo de 1972 y auto de 5 de agosto de 1955, G. J. Tomo XCI, Pág. 739).

b) Respecto de los decretos legislativos, dictados durante el estado de sitio, si acusados de inconstitucionales durante su vigencia, la Corte sostuvo que procede resolver en el fondo aunque hayan dejado de regir, por considerar "que en el espíritu de la Constitución está el que pueda la Corte pronunciarse aún después de que se ha declarado restablecido el orden público, para que pueda cumplir el propósito de tutela constitucional que consagra el precepto a que se ha hecho mención. . . " (Sentencias de 12 de junio de 1945, G. J. Tomo LIX, pág. 30; 14 de febrero de 1949, G.J. Tomo LIX, Pág. 308 y 1o. de diciembre de 1951, G. J. Tomo LXX, Pág. 719). Pero este criterio ha sido rectificado posteriormente, como en las dos sentencias del 17 de junio de 1970, para afirmar también la doctrina de la decisión inhibitoria por sustracción de materia, con salvamentos de voto de ocho magistrados, respectivamente, que sustentan la tesis de que la Corte, de

conformidad con el actual Art. 121 de la Constitución, que prescribe el control automático de los decretos legislativos, debe pronunciar sentencia de mérito, esté o no vigente el acto acusado, sin que obste para ello el Art. 30 del Decreto No. 432 de 1969 que es inaplicable por excepción de inconstitucionalidad (V. Foro Colombiano, Tomo II, No. 12, págs. 611 a 616 y 622 a 628).

c) La doctrina de la decisión inhibitoria por sustracción de materia ha sido objeto de salvedad, aún por quienes le han prohijado, como el doctor Liborio Escallón, en salvamento de voto a la sentencia del 24 de noviembre de 1942, en el que sostuvo que la Corte debe decidir en el fondo sobre acto que perdió su eficiencia, por considerar "que si una ley o un decreto pierden su entidad, por el hecho de ser derogados, no sucede lo mismo cuando no ha interferido la derogatoria sino que el decreto o la ley han perdido, en sí su eficacia. Quiere entonces decir que ya no producen efectos, pero que la entidad legal, en sí misma considerada, subsiste aún y que entonces sí puede haber materia para el respectivo fallo. . . " (G. J. Tomo LIV, Pág. 440). Por su parte, el doctor José Antonio Montalvo, en salvamento de voto a la misma sentencia indicada, sostuvo el mismo criterio, que reitera un salvamento de voto anterior, por considerar que "la Corte debe pronunciarse sobre la inexequibilidad de leyes y decretos, aún en el caso de que hayan sido derogados, si a pesar de la abrogación han llegado a producir efectos que puedan perdurar en el futuro", mayormente en los casos en que la ley o el decreto, sin ser derogados, han dejado de regir por haber producido sus efectos (G. J. Tomo LIV, Págs. 401 y 402).

d) Expuestas, en lo fundamental, las diferentes tesis de la Corte sobre el tema de que se trata, es evidente que el Art. 30 del Decreto No. 432 de 1969 se funda en la doctrina de la decisión inhibitoria por sustracción de materia, en los casos en que la ley o el decreto objeto de la acción o de la revisión, en la oportunidad de decidir, haya perdido su vigencia.

2 **El acto acusado y las normas invocadas como violadas.** Los Arts. 121, Parágrafo, y 122, parágrafo, de la Constitución, adscriben a la Corte, en guarda de su integridad, el control automático de la constitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno en desarrollo de las respectivas facultades. El Parágrafo del Art. 121 de la Constitución prescribe que "el Gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento", con la obligación de pronunciar su decisión en el breve término que se le señala. Lo mismo dispone el Parágrafo del Art. 122 de la

Constitución. Por tanto, desde la reforma constitucional de 1968 rige el control automático de los decretos dictados con base en los Arts. 121 y 122 de la Constitución, de manera tan perentoria que hasta le prescriben a la Corte el deber de aprehender directamente el conocimiento si el Gobierno omite o retarda su obligación de remitirle, para su revisión, los mencionados decretos. Respecto de los demás actos, leyes y decretos previstos taxativamente en el Art. 214 de la Constitución, la Corte conoce mediante acción pública o ciudadana, como también de la exequibilidad de los proyectos de leyes objetados por el Gobierno como inconstitucionales.

En todos estos casos, la Constitución no consagra excepción alguna, ni distingue entre actos vigentes, derogados, agotados, sustituídos o subrogados, sino que, por el contrario, adscribe a la Corte, por principio general, la guarda de su integridad, mediante verificación, por control automático o acción pública, de los proyectos de ley, leyes y decretos previstos en los Arts. 121, 122 y 214 de la Constitución, con el deber de *decidir* si son o no constitucionales, pues, el término decidir denota, como su correspondiente latino *decidere*, "cortar la dificultad, formar juicio definitivo sobre algo dudoso o contestable", es decir, que la Corte debe resolver en el fondo de la constitucionalidad del acto o del proyecto de ley. En consecuencia, como sostiene los demandantes, el Art. 30 del Decreto No. 432 de 1969, que dispone que "cuando al proceder al fallo de constitucionalidad de una ley, o decreto, encontrare la Corte que la norma revisada o acusada perdió ya su vigencia, la decisión será inhibitoria, por sustracción de materia", contraría los invocados preceptos constitucionales.

El señor Fiscal 1o. del Consejo conceptúa que no procede declarar la nulidad impetrada por cuanto, si la ley o el decreto fué derogado, no puede hacerse pronunciamiento de constitucionalidad o inconstitucionalidad, por haber desaparecido la materia objeto del juzgamiento.

La Sala observa:

1. Como se expuso, los Arts. 121, 122 y 214 de la Constitución atribuyen a la Corte competencia para conocer y *decidir* de la constitucionalidad de los actos a que se refieren sin limitación alguna, por lo que el Art. 30 del Decreto 432 de 1969 no puede instituírla.

2. Los Arts. 121 y 122 de la Constitución, al disponer el control automático de los decretos que dicte el Gobierno con base en las facultades correspondientes, en reemplazo de la acción pública y sin que medie la acusación del Congreso que también tenía por finalidad principal, como sostuvo la Corte en sentencia del 25 de mayo de 1961, "evitar el abuso de los poderes respectivos" (G. J. Tomo XCV, Pág. 809), le dieron la facultad

incondicional de examinar su constitucionalidad, con el objeto de que los actos que se dicten con base en el estado de sitio, como en la emergencia económica y social, se sometan estrictamente a la Constitución.

3. Como sostuvo la jurisprudencia de la Corte respecto de los decretos legislativos, que puede hacerse extensiva, por identidad de régimen, a la emergencia económica y social, "en el espíritu de la Constitución está el que pueda la Corte, aún después de que se ha declarado restablecido el orden público, que se pueda cumplir el propósito de tutela constitucional que consagra el precepto a que se ha hecho mención..." (Sentencia del 12 de junio de 1945, G.J. Tomo LIX, Pág. 30).

4. Como afirmara el doctor Montalvo en su mencionado salvamento de voto, "la declaración de inexequibilidad de una ley insusbsistente podrá o no surtir efectos prácticos; la efectividad de su fallo no le compete a la Corte como guardián de la Constitución: el proceso de inexequibilidad no se mueve por intereses privados ni por miras de carácter patrimonial sino por el interés de orden público de que la Corte defina la cuestión de Drecho Público de si el acto acusado va o no contra la Constitución..." (G.J. Tomo LIV Pág. 402), sin que valga aducir en contrario la tesis que postula el "restablecimiento automático de la Constitución" al dejar de regir el acto que la contraría, por que sus efectos inconstitucionales pueden perdurar y aún producirse en el futuro.

5, Por consiguiente, si el acto fué derogado, dejó de regir o sus efectos se cumplieron, como entidad jurídica persiste y regula las situaciones producidas durante su vigencia, por lo que no puede sostenerse, jurídicamente, que no existe en tales hipótesis materia sobre la cual pronunciar decisión de fondo; múltiples ejemplos podrían darse de cómo, mediante la aplicación del Art. 30 del Decreto No. 432 de 1969, se haría nugatoria la Constitución, mayormente en materias que, como las del estado de sitio o de la emergencia económica y social, requieren la inmediata ejecución de los actos, que podría efectuarse antes de que la Corte pueda verificar su constitucionalidad.

6. Como aspecto importante del tema que se debate, el Art. 214 de la Constitución confía a la Corte la guarda de su integridad, como atribución jurisdiccional autónoma, no susceptible de limitarse por el Art. 30 del Decreto No. 432 de 1969, con base en la cual pronuncia sus decisiones también autonomamente. Por esto, el Art. transitorio No. 76, literal c), del Acto legislativo No. 1o. de 1968 sólo autorizó al Gobierno para tomar las medidas administrativas para el funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte "y para dictar, mientras la ley no lo haga, las normas relativas a su funcionamiento y las procedimentales para el estudio y despacho de los

asuntos a su cargo", facultades que no podían comprender la de señalar los casos en los cuales procede una decisión inhibitoria, por sustracción de materia, porque los Arts. 42, 43 y 71 del mismo Acto Legislativo, correspondientes a los Arts. 121, 122 y 214 de la actual codificación constitucional, según lo expuesto, atribuyeron a la Corte, sin limitación, "la guarda de la integridad de la Constitución", en los casos y la forma que ellos señalan.

7. En fin, la Sala de Negocios Generales del Consejo –actual de Consulta y Servicio Civil–, en consultas del 17 de noviembre de 1958 y del 2 de septiembre de 1961, sostuvo que "es jurídicamente fundada la tesis de que la declaratoria de inexequibilidad equivale a una nulidad del precepto y no a una derogatoria del mismo. . . " (Anales Tomo LXII, Volumen II, Págs. 915 y 956); y esta Sección, en sentencia del 15 de mayo de 1968 declaró la nulidad del Decreto No. 624 del 10 de abril de 1967, no obstante que, como expresa, ya no tenía "subsistencia jurídica en cuanto a sus efectos".

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara la nulidad del Artículo 30 del Decreto No. 432 de 1969.

Publíquese, notifíquese, cópiese, y archívese.

Entre líneas: "que" vale.

Lucrecio Jaramillo Vélez – Alfonso Arango Henao – Jorge Dávila Hernández – Humberto Mora Osejo.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

CONVENCIONES Y PACTOS COLECTIVOS. Se decreta la suspensión provisional de los dos artículos del Decreto Reglamentario 671 de abril 29 de 1972.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D.E., junio diez y nueve de mil novecientos setenta y dos.

Admítese la anterior demanda de nulidad presentada por el doctor *Julio Gaitán Gómez,* por estar ajustada a la ley.

Para su trámite, se dispone:

1. Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público.

2. Notifíquese al señor Ministro del Trabajo.

3. Fíjese en lista el presente negocio por cinco días, para los efectos legales.

SUSPENSION PROVISIONAL

El demandante solicita la suspensión provisional del Decreto No. 671 del 29 de abril de 1972 por ser ostensiblemente contrario a distintas normas constitucionales y a varios artículos del Código Sustantivo del Trabajo, entre ellos, y muy principalmente el art. 481 que dice:

> "Los pactos entre patronos y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas para las convenciones colectivas, pero solamente son aplicables a quienes los hayan celebrado o adhieran posteriormente a ellos".

El decreto demandado reza:

"**Decreto** No. 671 del 29 de abril de 1972
"Por el cual se reglamentan los artículos 28 del Decreto 2351 de 1965 y 481 del Código Sustantivo del Trabajo.

"**EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,** en uso de sus facultades que le confiere el numeral 3o. del art. 120 de la Constitución Nacional;

"**DECRETA:**

"**Artículo 1o.**— Las empresas que hubieren firmado o que firmen convenciones colectivas con sindicatos cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de trabajadores de cada una de ellas, no podrán suscribir pactos colectivos.

"**Artículo 2o.** El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

"**Comuníquese y cúmplase.**
"**Dado en Bogotá, D.E., a los 29 de abril de 1972.**
"**Fdo. Misael Pastrana Borrero.**
"**Fdo. EL MINISTRO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, ENCARGADO, CARLOS LOPEZ RIVEIRA**".

La Sala Unitaria está de acuerdo con el demandante cuando afirma que desafortunadamente el Gobierno olvidó que además del art. 38 del Decreto 2351 de 1965 en el art. 39 se faculta a los trabajadores no sindicalizados para renunciar expresamente a los beneficios de la convención, caso en el cual el patrono dejará de descontarle la cuota sindical.

De otra parte, el Decreto acusado viola ostensiblemente el art. 481 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que en él no se establece limitación alguna al derecho que tienen los patronos y sus trabajadores no sindicalizados que dependan de la empresa.

El Decreto 671 de 1972 establece limitaciones que las normas que dice reglamentar no restringen.

Por lo anterior, se Decreta la Suspensión Provisional de los dos artículos del Decreto 671 del 29 de abril de 1972.

Cópiese, notifíquese.

Nemesio Camacho R.

DECRETOS DEL GOBIERNO

CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR. Forma, naturaleza y prerrogativas de la inscripción en la carrera de funcionarios con categoría diplomática.

Consejo de Estado -- Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Bogotá, D.E., junio veintiocho de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Eduardo Aguilar Vélez.

El Dr. Rafael Rodríguez Segura, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, por medio de apoderado, ha solicitado al Consejo que se declare la nulidad del decreto 121 de 28 de enero de 1971, dictado por el Gobierno Nacional, mediante el cual se le declaró insubsistente en el cargo de Cónsul de la Sección de Negocios Generales del Consulado de Colombia en Nueva York. Como consecuencia de la nulidad pide que sea restablecido en el ejercicio del expresado cargo, que se le paguen los sueldos correspondientes al tiempo que ha estado cesante hasta que se verifique el reintegro, las primas correspondientes al mismo y todos los complementos salariales a que tenga derecho. Además, que se considere que no ha existido solución de continuidad en el desempeño de la función pública.

Se pide igualmente que se declare que el Gobierno está obligado a inscribirlo como funcionario de la Carrera Diplomática y Consular, en la categoría correspondiente.

HECHOS:

Los hechos que sirven de fundamento a la acción pueden resumirse así:

El Dr. Rafael Rodríguez Segura ingresó al servicio oficial como funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores, hace aproximadamente 17 años. El último cargo que desempeñó fue el de Cónsul de Colombia en Nueva York, hasta la expedición del decreto acusado que lo desvinculó del servicio, sin motivación alguna. Por haber cumplido con los requisitos exigidos por el decreto 2016 de 1968, presentó al Ministerio de Relaciones Exteriores la solicitud de inscripción en la Carrera Diplomática y Consular, el 20 de mayo de 1969, esto es dentro del término de un año contado a partir de la vigencia de aquel estatuto. Esto implica, al tenor del artículo 107 del mismo que quedó incluído en la Carrera. El Gobierno Nacional, por medio del acto acusado, lo destituyó del cargo, sin motivación. Siempre cumplió con los deberes del cargo con lealtad, honestidad y eficiencia. Tenía los derechos especiales de la Carrera Diplomática y Consular y por lo mismo no podía ser declarado insubsistente.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Se citaron en la demanda como violadas las siguientes disposiciones: Artículos 16, 17 y 30 de la Constitución Nacional; el 5o. del Plebiscito Nacional de 1957 y 31, 92, 93 y 107 del Decreto Ley 2016 de 1968. Ampliamente expone el actor el concepto de la violación.

Tramitado el juicio en legal forma, se recibió concepto de la Fiscalía Cuarta de la Corporación. Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado es oportuno proferir el correspondiente fallo. Para ello la Sala hace las siguientes

CONSIDERACIONES:

El decreto 2016 de 1968, dictado en virtud de las facultades otorgadas al Presidente de la República por la ley 62 de 1967, en sus artículos 102 y siguientes, previó la forma como los funcionarios con categoría diplomática que en la fecha de la vigencia del mismo estuvieren prestando sus servicios en el Ministerio de Relaciones Exteriores, que no estuvieren escalafonados en la Carrera Diplomática y Consular, pudieran ser inscritos en ella.

Y el artículo 107 ibidem, obligó a los interesados en la inscripción a presentar la solicitud dentro del plazo de un año, contado a partir de la vigencia del Estatuto. Si no lo hicieren así quedarían excluídos de la carrera.

El 20 de mayo de 1969, esto es dentro del plazo fijado por la norma que se acaba de citar, el Dr. Rodríguez Segura presentó su solicitud y acompañó los documentos requeridos para ser inscrito en la carrera diplomática y Consular. Tales documentos fueron los siguientes:

Dos certificados referentes a tiempo servido; título de doctor en Ciencias Jurídicas expedido por la Universidad Javeriana de Bogotá; certificados referentes a las cátedras que desempeñaba en la Universidad la Gran Colombia y en la Santo Tomás de Bogotá; presentación de una tesis sobre materia señalada por el Instituto Colombiano de Estudios Internacionales.

A fls. 29 del expediente aparece el análisis de la solicitud de Inscripción hecha por el Demandante. En ella se lee lo siguiente:

> "Como el doctor Rodríguez Segura ha prestado servicios continuos en cargos de Carrera por más de 15 años, según se ha anotado atrás, sobrepasa ampliamente los plazos exigidos.
>
> "En lo tocante al requisito de un mínimo de 3 años de servicios en la Plaza Interna del Ministerio, que fija el parágrafo 1o. del Artículo 102 del decreto 2016 de 1968 también lo ha cumplido según lo hemos visto.

"Por otra parte los Certificados presentados por el peticionario demuestran que éste se halla dentro de las situaciones previstas por el artículo 105 del Decreto 2016 de 1968 y queda así eximido de los exámenes de que trata el artículo 103 del mismo decreto. Pero se le exigió en cambio, presentar tesis, dentro de las normas fijadas en el artículo 104. El doctor Rodríguez Segura cumplió satisfactoriamente este nuevo requisito tal como lo comprueba el informe que acompaña dirigido por el Decano del Instituto Colombiano de Estudios Internacionales a la Comisión de Personal de la Carrera y en el que conceptúa el Decano que la tesis presentada por el doctor Rodríguez Segura es aceptable para los fines que señala el decreto 2016 de1968, respecto de funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores que hayan ejercido el profesorado en ciertas materias.

"En vista de lo que antecede aparece que el doctor Rodríguez Segura puede ser inscrito, tal como lo ha solicitado en la Categoría de Consejero".

Se deduce de lo anterior que el actor llenó todos los requisitos exigidos por la ley para ser inscrito en la Carrera Diplomática y Consular. En estas circunstancias fue nombrado para desempeñar el cargo del cual fue declarado insubsistente por medio del decreto enjuiciado.

Ahora bien: La Sala piensa que la inscripción en la carrera no constituye una facultad discrecional de la administración, pues si así fuera sobrarían los concursos. En tal forma que una persona que cumpla o llene los requisitos para ser inscrito en la misma, necesariamente debe inscribírsele. Aquí la administración está sometida a pautas o reglas precisas de las cuales no puede liberarse a su voluntad. Es que precisamente al establecerse un escalafón ello se hace para que las personas vinculadas al servicio público puedan gozar de las prerrogativas que implica pertenecer a él. Dentro de estas prerrogativas está obviamente, la permanencia en el servicio público.

El hecho de que el demandante hubiera llenado los requisitos para ser inscrito en la carrera y que ésta inscripción no se hubiera llevado a cabo, por medio de un decreto, tal como se dispone en las normas pertinentes, no es obstáculo para que, en concepto de la Sala, se le considere inscrito en ella. El Gobierno no puede considerarse relevado de la obligación de inscribirlo.

Al estatuir el artículo 107 que los funcionarios con categoría diplomática que quisieren inscribirse en la carrera deberían hacer su solicitud dentro del año siguiente a la vigencia del decreto, y que si así no lo hicieren se considerarán excluídos de la misma, está dando a entender que quienes hicieren la solicitud y llenaren los requisitos, tendrán derecho a ser inscritos y por lo mismo a gozar de las prerrogativas que ello conlleva.

En el caso a estudio, se repite, el actor llenó todos los requisitos consagrados en el decreto 2016 de 1968 y por lo mismo el Gobierno estaba en la

obligación de inscribirlo en la carrera diplomática y consular. Si así no lo hizo, por omisión, por descuido o por cualquiera otra causa, el actor no puede cargar con las consecuencias que de tal proceder se derivan.

Es obvio entonces que el demandante puede considerarse escalafonado dentro de la carrera a que se refiere el decreto 2016 de 1968 y en consecuencia gozar de los derechos que ella consagra. Siendo así, no podía ser destituído, sin el lleno de los requisitos legales, del cargo que desempeñaba como cónsul de primera categoría, cargo que forma parte del escalafón de dicha carrera según lo dispuesto en el art. 11 del mencionado estatuto. Al declararse insubsistente su nombramiento se han violado, por lo mismo las normas que consagran la estabilidad dentro del servicio. La Sala habrá en consecuencia, de decretar la nulidad del acto de destitución y ordenará que el actor sea inscrito en la carrera.

La Doctora Aydeé Anzola Linares, Fiscal 4o. del Consejo, después de hacer un interesante estudio sobre los derechos del actor, en relación con el artículo 30 de la Constitución Nacional y con las normas del decreto 2016 de 1968, concluye su concepto solicitando la nulidad del acto enjuiciado y pidiendo el consiguiente restablecimiento del derecho vulnerado al demandante.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. Declárase la nulidad del decreto 121 de 1971, dictado por el Presidente de la República, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del Dr. Rafael Rodríguez Segura del cargo que desempeñaba como Cónsul de la Sección de Negocios Generales del Consulado General de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América.

2. Como consecuencia de la nulidad anterior, el Gobierno Nacional reintegrará al mencionado Dr. Rodríguez Segura al cargo que desempeñaba o a otro de igual categoría dentro del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular y le pagará todos los sueldos, primas, bonificaciones, etc., que hubiere devengado desde que se hizo efectiva la destitución hasta que sea reintegrado al cargo. Se considerará que no hubo solución de continuidad en el servicio público para todos los efectos jurídicos a que haya lugar. Se dictará igualmente el decreto que ordene la inscripción en la carrera Diplomática y Consular del mismo Dr. Rodríguez Segura, en la categoría correspondiente.

3. A lo anterior se le dará cumplimiento dentro de los términos del artículo 121 del C.C.A.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 23 de junio de 1972.

Cópiese, y notifíquese.

Alvaro Orejuela Gómez — Eduardo Aguilar Vélez — Nemesio Camacho Rodríguez — Rafael Tafur Herrán.

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

CAPITULO SEGUNDO:

Resoluciones Ministeriales

y otros Actos de los Ministros

MINISTERIO DE DEFENSA

COPIAS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS, AL CARBON Y CON FIRMAS EN IGUAL FORMA. Estas copias deben presumirse auténticas y son admisibles para esta jurisdicción. Las constancias de notificación tienen por finalidad verificar la caducidad de la acción Admisión de la demanda.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D.E., febrero primero de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Eduardo Aguilar Vélez.

No admitió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la demanda instaurada por el señor Luis Eduardo Cadavid D. quien solicita la nulidad de unas resoluciones proferidas por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y por el Ministerio de Defensa, mediante las cuales se le negó el reconocimiento de un reajuste pensional.

Fundamentó el Tribunal su decisión en el hecho de que las resoluciones demandas no se acompañaron en copias con las constancias de notificación, publicación o ejecución, según los casos, sino en copias al carbón y con firmas en igual forma. Es decir, el demandante no dió cumplimiento al art. 86 del C.C.A., según lo estima el Tribunal.

Contra la providencia inadmisoria de la demanda se interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación. Negado aquel fue concedido éste.

Llegado el negocio al Consejo se ha tramitado en forma legal. Para resolver la Sala considera:

Es verdad que el artículo 86 del C.C. Administrativo exige que con la demanda se acompañe "una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos".

Esta exigencia de la ley tiene por finalidad constatar que la administración profirió realmente el acto y que los términos de caducidad de la acción no han precluído.

En el caso a estudio el actor presentó una copia al carbón con firmas también al carbón. Esta copia debe presumirse auténtica y es posiblemente la que fue entregada al demandante al solicitarla a la administración. Luego no tiene esta jurisdicción motivo para rechazarla. No se puede colocar al ciudadano en una situación contraria a la finalidad buscada por la ley. Si se solicitó a la entidad correspondiente copia del acto acusado y se le expidió en la forma

como aquí se hizo, no hay razón suficiente para que dicha copia no sea admitida.

La circunstancia de que no aparezca con las constancias de notificación, tampoco es motivo para rechazar la demanda, pues dicha atestación tiene por finalidad, como ya se dijo, verificar que la acción no se encuentre caducada y en el caso a estudio es evidente que no lo está.

En la época actual, y esto no es posible desconocerlo, se han implantado nuevos sistemas para expedir copias de los actos administrativos, tales como el empleado por la administración en el caso a estudio. Resulta exagerado formulismo exigir copias con sistemas anticuados, cuando la realidad es que la administración busca una mayor movilidad en sus asuntos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contenciso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Revócase el auto apelado y en su lugar se ordena al Tribunal dictar el auto admisorio de la demanda, si ésta reune los demás requisitos exigidos por la ley.

Se hace constar que esta providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 28 de enero de 1972.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alvaro Orejuela Gómez — Eduardo Aguilar Vélez — Nemesio Camacho Rodríguez — Rafael Tafur Herrán.

Susana M. de Echeverri.
Secretaria.

MINISTERIO DE MINAS Y PETROLEOS

ACTO ADMINISTRATIVO. El acto de aviso o prevención tipifica el acto de trámite, que no es definitivo ni demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Consejo de Estado – Sala de lo Contenciso Administrativo – Sección Tercera –

Bogotá, D.E., febrero tres de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Gabriel Rojas Arbeláez.

Ref.: Expediente No. 1399.
Actor: Colombian Petroleum Company.

El señor apoderado de la Compañía "Colombian Petroleum Company" ha suplicado el auto del 9 de diciembre de 1971, mediante el cual el señor Consejero Sustanciador negó la admisión de la demanda, por estimar que se había encaminado la acción a solicitar la anulación de un acto de trámite, y no de un acto definitivo.

Los actos acusados fueron las Resoluciones Ejecutivas números 104 de 25 de mayo de 1971, "por la cual se da un aviso a la "Colombian Petroleum Company", y número 179 de 23 de Junio del mismo año, por la cual no se accedió a reponer la primera. Por la primera de las providencias mencionadas, el Gobierno Nacional, con fundamento en lo estipulado en la Cláusula XVII del contrato celebrado con el señor Clarence S.T. Folsom el 3 de Marzo de 1931, y que el Congreso Nacional por la Ley 80 del mismo año, dispuso:

> "Declarar que la Colombian Petroleum Company ha incumplido las obligaciones a que se refiere la parte motiva de la presente Resolución y que, en consecuencia, cabe declarar la caducidad del contrato aprobado por la Ley 80 de 1931 en los términos y plazos que esta señala".

Los referidos términos y plazos no son otros que los contemplados en la citada cláusula XVII, según los cuales el Gobierno Nacional podrá sancionar el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por la Compañía contratante, con multas hasta de cinco mil pesos ($5.000.00) en cada caso, o "con la declaratoria de caducidad de todo el contrato, si se tratare de obligación cuyo incumplimiento estuviere estipulado como causal de caducidad"; pero no pudiendo hacer esta declaratoria sino noventa días después de haber dado aviso a la Compañía de la falta en que hubiere incurrido, y si en ese plazo no hubiere corregido la presunta falta.

Nada hay tan contrario a un acto administrativo definitivo, como un acto de aviso, pues por definición éste excluye al primero, que es el llamado a

producir la situación jurídica. El acto de aviso o prevención tipifica el acto trámite, sin el cual no se puede producir la decisión ejecutoria, y sin que le quite aquel carácter el hecho de que sea motivado. En el caso de autos el Contrato y la Ley imponen al Gobierno la obligación de fundamentar el acto de aviso mediante la invocación de la falta en que, a su juicio, hubiere incurrido la Compañía contratante. Pero la oportunidad para ventilar una de estas circunstancias: a) Si la falta alegada se estipuló como causal de caducidad; b) Si se incurrió o no se incurrió en élla antes del aviso. c) Si se corrigió durante el plazo de los noventa días, o cualquiera otra que sea del caso examinar para esclarecer la legalidad o ilegalidad de un acto creador de una situación jurídica, no puede brindarla la Ley sino después de que ese acto se ha producido, acto que en el procedimiento estudiado no podría ser otro que el que declarare la caducidad del contrato.

Por lo expuesto anteriormente *se confirma* el auto suplicado.

Cópiese, notifíquese.

Alfonso Castilla Saiz — Gabriel Rojas Arbeláez — Osvaldo Abello Noguera.

Victor M. Villaquirán M.
Secretario.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día tres de febrero de mil novecientos setenta y dos.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

CADUCIDAD Y PRESCRIPCION. *Noción y diferencias.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D.E., febrero veintinueve de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor Ricardo Silva Córdoba contra el auto proferido por el Tribunal de Cundinamarca el 20 de octubre del pasado año, por medio del cual se negó la admisión de la demanda que había sido instaurada tendiente a obtener la nulidad de una resolución proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que declaró al demandante insubsistente en el cargo de teniente de aduana I–17 del Cuerpo de Resguardo Nacional.

Estimó el Tribunal que el acto enjuiciado se dictó el 10 de diciembre de 1970 y la demanda se presentó el 3 de septiembre de 1971, esto es cuando ya se encontraba vencido el plazo de cuatro meses señalado en el artículo 83 del C.C.A., por lo cual la acción se encontraba caducada, motivo suficiente para rechazarla de conformidad con el art. 85 del C. de P. Civil.

Tramitada la segunda instancia, es oportuno resolver lo pertinente. Para ello se hacen las siguientes

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero en observar que el apelante no sustentó el recurso tal como lo ordena el artículo 359 del Código de Procedimiento Civil. Cuando ya estaba vencido el término que tenía para ello presentó un memorial en el que manifiesta que los fundamentos del recurso "son los mismos incluídos en el memorial sustentatorio del recurso de apelación ante el inferior".

No obstante la Sala observa:

De conformidad con el artículo 83 del C.C.A. la acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción.

Fija esta norma un término perentorio para accionar o recurrir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra actos que lesionan

derechos de particulares. Este término es lo que los tratadistas denominan "Caducidad", que es diferente, desde luego, a la prescripción. Hay por lo mismo una impropiedad en la norma al hablar de prescripción y no de caducidad.

Los plazos preestablecidos en forma objetiva, es decir, sin consideración a situaciones personales del interesado, es lo que se llama caducidad. Si el actor los deja transcurrir sin presentar la demanda, el derecho a la acción caduca, se extingue inexorablemente, sin que pueda alegar para revivirlos excusa alguna, ya que no son susceptibles de interrumpirse, al contrario de lo que ocurre con la prescripción extintiva de derechos. El derecho puramente potestativo a la acción o al recurso comienza con el plazo prefijado y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo improrrogable. Quien se crea con derecho a accionar contra el acto administrativo que le ha creado una situación jurídica subjetiva debe hacerlo antes para no correr el riesgo de que se le extinga el plazo concedido.

Esta Sala en distintas oportunidades ha aceptado que en acciones de reintegro al servicio se aplica el mencionado artículo 83 del C.C.A. y no el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y menos el artículo 151 del C. Procesal del Trabajo.

Al efecto puede citarse el fallo de fecha 4 de octubre de 1971 en el cual se dijo, con ponencia del Consejero Nemesio Camacho R. lo siguiente:

> "Cree la Sala que la tesis sostenida en ese auto merece una aclaración: El fundamento principal de la providencia es el de que deben aplicarse a las reclamaciones de prestaciones sociales los artículos 151 del Código de Procedimiento Laboral y, más concretamente, el art. 41 del Decreto 3135 de 1968.
>
> "El artículo 41 antes citado dice:
>
> "Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual".

"Evidentemente, de acuerdo con la demanda presentada el 14 de marzo de 1970, lo que se reclama es el reintegro al cargo que ocupaba el actor y el pago de sueldos que hubieren correspondido al doctor Posada Valencia desde el día en que fue declarado insubsistente su nombramiento hasta aquel en que se verifique el reintegro. Estas peticiones no son, ciertamente la traducción del cumplimiento de las leyes sociales a que se refiere el art. 151

del Código de Procedimiento del Trabajo, ni las acciones que emanen de los derechos consagrados en el decreto 3135 que contiene el estatuto del empleado oficial y sus prestaciones sociales.

"Las reclamaciones de prestaciones propiamente dicho, no caducan sino en tres años y así lo ha venido sosteniendo la Sala. Podría alegarse que la última resolución demandada data de 1969, pero el Tribunal acertadamente no lo encuentra de recibo, porque, como lo advierte el Fiscal del a-quo, no es producto de ningún recurso interpuesto dentro tiempo contra la primitiva determinación, la cual quedó en firme sin ser impugnada".

De tal manera que de conformidad con lo dicho y puesto que no se trata en el caso a estudio del fenómeno de la prescripción del derecho sino de la caducidad de la acción, el auto del Tribunal está bien fundamentado y debe ser confirmado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Confírmase el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de octubre del pasado año.

Se hace constar que el proyecto de este auto fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 25 de febrero de 1972.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eduardo Aguilar Vélez — Alvaro Orejuela Gómez — Nemesio Camacho Rodríguez — Rafael Tafur Herrán.

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

SUSPENSION DE EMPLEADOS OFICIALES POR CAUSA DE UNA INVESTIGACION PENAL. *Es obligación de la Administración. Carácter transitorio de esta medida. Obligaciones de la Administración para con el empleado al terminar la investigación penal.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D.E., marzo diez de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez

Ref.. Juicio No. 2232
Demandante: Luis Antonio Acosta Gómez.
Resoluciones Ministeriales.

En demanda instaurada ante esta Corporación, por medio de apoderado, el señor *Luis Antonio Acosta Gómez,* formuló las siguientes peticiones:

> "**Primera.** Que es nula la Resolución No. 3926 de Agosto 31 de 1970 proferida por el Ministerio de Educación Nacional, en cuanto por ella y como consecuencia del levantamiento de la suspensión provisional de que fue objeto el señor *Luis Antonio Acosta Gómez* por Resolución No. 1713 del 12 de Mayo de 1961 del mismo Ministerio, en el cargo de Director de la Escuela Industrial de Ocaña, Norte de Santander, no se decreta el reconocimiento y pago de los sueldos, primas, vaciones, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir, con tres años de retroactividad a la fecha de reclamación de su reintegro y pago de los mencionados haberes.
>
> "**Segunda.** Que como consecuencia de la nulidad impetrada, y a título de restablecimiento del derecho quebrantado, se condene a la Nación Colombiana –Ministerio de Educación Nacional– a reconocer y pagar al señor *Luis Antonio Acosta Gómez,* dentro del término previsto en el art. 121 del C.C.A., los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones y demás emolumentos que de manera permanente hayan correspondido al cargo de Director de un Establecimiento de Educación Media (Escuela Industrial), II, Categoría, 22, desde el 27 de Agosto de 1966 hasta el 11 de Mayo de 1970, lapso durante el cual el mencionado señor estuvo por fuera del servicio público por virtud de la suspensión provisional ilegal de que fue objeto.
>
> "**Tercera.** Que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados a la Nación colombiana por mi representado *Luis Antonio Acosta Gómez,* desde el día 12 de Mayo de 1961 hasta el 10 de Mayo de 1970, para todos los efectos relacionados con prestaciones sociales".

El actor relata en forma detallada los *Hechos* en los cuales pretende sustentar su derecho; cita las disposiciones infringidas y explica en un detenido estudio

el concepto de la violación de cada una de ellas. De las piezas que obran en el informativo se sabe que el Ministerio de Educación Nacional, por medio de la Resolución número 1713 del 2 de Mayo de 1961, suspendió transitoriamente al demandante del cargo de Director de la Escuela Industrial de Ocaña, (Departamento de Norte de Santander), y ordenó pasar el expediente al Escalafón de Enseñanza Secundaria para los fines legales pertinentes. Esta decisión la tómo el Ministerio, según los considerandos de la providencia mencionada, por el hecho de que el Jefe de Visitadores de la Contraloría General de la República había solicitado la suspensión del señor Acosta Gómez, porque contra él se adelantaba una investigación por delitos contra la administración pública, solicitud que tuvo concepto favorable por parte de la Oficina Jurídica del Ministerio. Figuran también en autos copias de las providencias dictadas por la justicia penal, según las cuales se declaró que la acción incoada, no podía proseguirse por encontrarse prescrita.

Al emitir su concepto la Fiscalía Cuarta de la Corporación opinó que debía accederse a las peticiones de la demanda.

El negocio recibió ante esta Entidad la tramitación legal correspondiente, y como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Las autoridades administrativas están en la obligación de suspender a un empleado que se halle en el ejercicio de sus funciones, cuando así se le solicite para efectos de cualquier investigación penal, como sucedió en el caso de autos. De manera que el Ministerio de Educación apenas cumplió con su deber al expedir la Resolución número 1713 de 1961, por la cual suspendió transitoriamente al demandante.

Pero esta medida no puede ser indefinida. Termina ella tan pronto culmina la investigación respectiva, pudiéndose presentar, entonces, dos casos, a saber: si el funcionario suspendido es condenado, la suspensión, hasta ese momento vigente, desaparece y debe, de inmediato, ser destituído del cargo que ocupaba. Pero, si, en cambio, como sucedió en el caso sub judice, al empleado suspendido no se le comprueban los cargos y se ordena cesar todo procedimiento por hallarse prescrita la acción, —como consta en las sentencias de primera y segunda instancia del juicio que se examina—, entonces la Administración pública está obliga a restablecerlo en el cargo y a pagarle los sueldos y demás emolumentos dejados de devengar durante el tiempo en que estuvo separado del servicio. Es esta la consecuencia lógica que resulta del hecho de no comprobársele al funcionario los cargos que sirvieron de fundamento para decretar su suspensión transitoria, pues

proceder en otra forma sería inequitativo e injusto. Por tal razón, el Ministerio de Educación Nacional al expedir la Resolución número 3926 del 31 de Agosto de 1970, mediante la cual levantó la suspensión al señor Acosta Gómez, y ordenó su reintegro al puesto que desempeñaba anteriormente, cumplió con una obligación moral y legal.

Sin embargo, como se afirma en el libelo, la providencia del Ministerio sólo restableció en parte, el claro derecho del empleado reclamante, pues además de ordenar su reintegro, ha debido disponer en ella el reconocimiento y pago al actor de lo dejado de percibir con motivo de la suspensión adoptada.

Por ello, el demandante pide ahora que se le reconozcan y paguen los sueldos, primas, emolumentos y prestaciones, con retroactividad de tres años a la fecha de su solicitud de reintegro. No obstante, la Sala considera que dicho pago solamente puede ordenarse a partir de la fecha en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ocaña, confirmó la sentencia de primera instancia, o sea el 13 de Abril de 1967, según consta en el Certificado que obra a folio 13 del expediente.

En cuanto a la solicitud de que se declare que para efectos de prestaciones legales no ha habido solución de continuidad en los servicios prestados por el actor desde la fecha en que fue separado hasta aquella en que efectivamente se le reintegró, la Sala estima que es procedente, por cuanto, en realidad, la suspensión transitoria, como su sentido lo indica, no lo separa definitivamente del servicio, y en consecuencia, si el resultado final de la investigación que dió origen a aquélla le fue favorable, quiere decir, que su situación laboral, frente al Estado, debe retrotraerse a la fecha en que fue separado del servicio antes citada, o sea aquella en que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ocaña, la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de esa misma ciudad, para efectos de resarcirle al demandante, los graves perjuicios económicos que sufrió con la prolongada suspensión en el ejercicio del cargo que venía desempeñando como funcionario dependiente del Ministerio de Educación Nacional.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

Primero. Declárase parcialmente nula la Resolución número 3926 del 31 de Agosto de 1970, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, en cuanto por ella dejó de reconocer y pagar al demandante los sueldos y prestaciones legales a que tenía derecho.

Segundo. Como consecuencia de la nulidad precedente, el Ministerio de Educación Nacional, dentro del término que señala el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, liquidará y pagará al señor *Luis Antonio Acosta Gómez,* los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones y demás emolumentos, dejados de percibir, a partir del trece (13) de Abril de mil novecientos sesenta y siete (1967), hasta el once (11) de Mayo de mil novecientos setenta (1970), fecha en que por Resolución número 3926 de 31 de Agosto de 1970, fue incorporado al servicio del referido Ministerio.

Tercero. Para efectos de prestaciones sociales, declárase que no hubo solución de continuidad en los servicios prestados por el actor, durante el tiempo a que alude el número anterior.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el tres (3) de Marzo de mil novecientos setenta y dos (1972).

Alvaro Orejuela Gómez — Eduardo Aguilar Vélez — Nemesio Camacho Rodríguez — Rafael Tafur Herrán.

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

ACCION DE RECLAMO DE PRESTACIONES SOCIALES Y ACCION DE REINTEGRO AL SERVICIO DE EMPLEADOS OFICIALES. *Términos de prescripción y de caducidad.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D.E., marzo veinticuatro de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez.

Mediante auto de fecha 4 de octubre de 1971, el Consejero Sustanciador negó la admisión de la demanda propuesta por el señor *Carlos Alfonso Bolaños Múñoz,* contra unas Resoluciones expedidas por el Ministerio de Educación Nacional.

Los argumentos expuestos para dicha negativa, son del siguiente tenor:

> "Esta Sala Unitaria considera que no es del caso aceptar la demanda presentada, puesto que según el art. 83 del C.C.A., la acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares caduca salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses, a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción. Como en este caso se trata de obtener el reintegro al cargo, no es conducente la aplicación del art. 41 del Decreto 3135 de 1968 que se refiere a las acciones que emanan de los derechos consagrados en este Decreto, para las cuales establecen una prescripción de tres años".

Contra la decisión de la Sala Unitaria, el interesado interpuso el recurso de súplica para ante los restantes Consejeros de la Sala respectiva.

Al sustentar su recurso el demandante transcribe una sentencia del Consejo de Estado, en la cual se aplica el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, según el cual las acciones que emanen de las leyes sociales, prescriben en tres años, agregando que por tratarse de una norma más favorable al trabajador, debe aplicarse preferentemente.

Para resolver, la Sala de Decisión considera:

Efectivamente, como lo anota el recurrente, la Sala aplicó durante algún tiempo la prescripción trienal de que trata el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral por dos razones fundamentales, a saber:

Primero. Porque no existía norma especial que regulara esta materia en relación con los trabajadores oficiales y, en consecuencia, de acuerdo con el

artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, podía aplicarse aquélla a los empleados públicos. Dicho precepto, establece:

> "Cuando no haya Ley exactamente aplicable el caso controvertido, se aplicarán las Leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

De suerte que en virtud de la disposición transcrita, el Consejo de Estado podía aplicar el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral que aunque regula las relaciones de trabajo de carácter particular, trata también sobre materias o casos semejantes no previstos hasta entonces para los funcionarios públicos.

Segunda. Porque el contenido del artículo 151 citado, es tan amplio, que podía interpretarse en el sentido de que se refería a todas las acciones que emanen de las Leyes sociales, sin distinción entre las que surgían de las relaciones de trabajo entre particulares y las de derecho público.

Pero sucede que esta aplicación analógica ya no podía hacerse a partir de la vigencia del Decreto 3135 de 1968, el cual en su artículo 41 trató, precisamente, esta materia al establecer una prescripción de tres (3) años para las acciones que emanen de los derechos consagrados en dicho estatuto, exclusivamente sobre prestaciones sociales, sin incluir lo relacionado con salarios ni reintegros.

Se llega, entonces, a la conclusión de que existen actualmente dos estatutos: uno, que regula las relaciones de trabajo entre particulares, y otro, las de derecho público. Como el primero o sea el Código Sustantivo del Trabajo establece expresamente en su artículo 4o. que las disposiciones allí contenidas no se aplicarán a las relaciones entre el Estado y sus empleados, las cuales se regirán por normas especiales que se dicten en el futuro, –y estas ya fueron promulgadas–, queda por ello descartada la posibilidad de aplicar aquel estatuto en el caso de autos.

De lo anteriormente expuesto se deduce que para efectos de prescripción de acciones contencioso administrativas de carácter laboral, debe aplicarse el estatuto del trabajador público porque se trata de una norma especial que conforme al artículo 5o. de la Ley 57 de 1887, su observancia prevalece sobre las demás.

Por las razones precedentes carece de validez el argumento del actor, en el sentido de que siendo el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral una disposición más favorable al trabajador debe aplicarse preferencialmente.

Sin embargo, la Sala considera que en este caso no opera la favorabilidad de la Ley social, por cuanto las normas laborales de que se ha hablado, son

preceptos que regulan situaciones diferentes, perfectamente definidas en cada uno de ellos. Y es sabido que los Códigos Sustantivo del Trabajo y de Procedimiento Laboral, están expresamente consagrados para las relaciones de derecho privado, cuando traten de situaciones individuales como en el caso sub judice; por lo cual estando vigente el estatuto del trabajador público es éste el que regula las relaciones entre el Estado y sus funcionarios.

De allí que no sea posible aceptar sin violar disposiciones expresas, como las que antes se dejan analizadas, que un servidor oficial pueda acogerse a aquellas que establecen las relaciones de trabajo de carácter privado, como tampoco el empleado particular invocar normas de derecho público para la definición de sus situaciones laborales.

De manera que además de los razonamientos hechos en el auto suplicado, que la Sala de Decisión acoge y comparte, los anteriormente expuestos son suficientes para concluir que la mencionada providencia debe confirmarse.

En mérito de lo dicho, la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado, *confirma* el proveído de fecha cuatro (4) de octubre de mil novecientos setenta y uno (1971), dictado por el Consejero Sustanciador del presente negocio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Oficina de origen.

Alvaro Orejuela Gómez — Eduardo Aguilar Vélez — Rafael Tafur Herrán.

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

MINISTERIO DE JUSTICIA

FALSA MOTIVACION. *Como causal de anulación de los Actos Administrativos.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D.E., abril tres de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Rafael Tafur Herrán.

Consulta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca su sentencia de fecha 26 de Noviembre de 1971 proferida en el juicio instaurado por el señor *Leopoldo Sánchez Campo* quien en ejercicio de la acción de plena jurisdicción se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera**.. Que es nulo el acto administrativo contenido en las siguientes providencias:

a) En los oficios Nos. 173 y 198 de 8 de marzo y 30 de abril de 1967 dirigidas por el señor Jefe de la Rama Administrativa del Ministerio de Justicia, en su orden, al Director y al Secretario General del mismo Despacho;

b) En la Resolución No. 1618 de 15 de mayo de 1967 proferida por el señor Ministro de Justicia a que dieron origen las comunicaciones atrás citadas y por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Leopoldo Sánchez Campo en el empleo de Visitador Administrativo V, grado 14 perteneciente a la Rama Administrativa del Ministerio de Justicia;

c) En la Resolución No. 406 de 1968 (febrero 12) expedida también por el señor Ministro de Justicia, en cuanto se reemplaza al demandante en el empleo de Visitador Administrativo V, grado 14 de la Rama Administrativa, por el señor Alberto Mendoza Gómez.

"**Segunda.** Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene al Gobierno Nacional (Ministerio de Justicia) reintegrar al señor Leopoldo Sánchez Campo el cargo de Visitador Administrativo V grado 14, de la Rama Administrativa del citado Ministerio o a otro cargo de igual o superior categoría y sueldos y a pagarle la totalidad de los sueldos, primas, bonificaciones, etc. que el actor hubiere dejado de percibir del Tesoro Nacional por causa de los hechos que han dado lugar a esta demanda; se dispondrá igualmente, que para todos los efectos legalmente significantes tales como prestaciones sociales (pensión jubilatoria, vacaciones, cesantías, seguro de vida), etc. no ha existido solución de continuidad en los servicios del señor Leopoldo Sánchez Campo al Estado colombiano durante el lapso

en que permanezca separado del servicio en virtud de los actos enjuiciados aquí".

Son hechos de la demanda:

"1. Mediante Decreto Ejecutivo No. 1394 de 1964 el señor Leopoldo Sánchez Campo fue designado para el cargo de Visitador 10, grado 13 del Ministerio de Justicia, empleo que fué reclasificado en virtud del Decreto No. 2810 de 16 de noviembre de 1966 y convertido en Visitador V, grado 14;

"2. Mi mandante entró a desempeñar sus funciones en legal forma, previa posesión, y en ejercicio de ellas, mediante comisiones legalmente conferidas, estuvo visitando distintas Pagadurías, Almacenes, Economatos y demás dependencias de cárceles del País en diferentes ciudades.

"3. El actor sirvió en todo tiempo su cargo con no desmentidas lealtad, honestidad y eficiencia;

"4. No obstante todo lo anterior y que las funciones correspondientes a la Rama Administrativa del Ministerio de Justicia a que estaba adscrito el señor Sánchez Campo como Visitador V, grado 14, se encuentran detalladas en los artículos 43, 44 y 45 del Decreto 1716 de 1960, fué declarado insubsistente su nombramiento pretextando "carencia de funciones" y afirmándose contra toda verdad que el señor "Leopoldo Sánchez Campo no está desempeñando función. . . ";

"5. El señor Leopoldo Sánchez Campo había sido designado con el carácter de empleado provisional, y en tales condiciones, tenía derecho a "desempeñar su cargo mientras éste no se proveyera con candidato capacitado presentado a la autoridad nominadora por el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil" según lo dispuesto en los artículos 51 y 53 del Decreto 1732 de 1960; sin embargo fué reemplazado sin atender el procedimiento prescrito en las mencionadas disposiciones.

"6. Las decisiones que demando fueron expedidas en forma irregular y con abuso y desviación de las facultades propias de la autoridad que las produjo y con ellas se causó un perjuicio moral y patrimonial al demandante y a la propia Administración puesto que lesionaron claros derechos consagrados en disposiciones que adelante se citarán y analizarán.

"7. Como ninguno de los actos contra los cuales se dirige esta demanda fue notificado al señor Leopoldo Sánchez Campo, ni tampoco publicado, y el último de ellos, o sea, la Resolución 406 de 1968 fué proferida el pasado 12 de febrero, aun no han transcurrido los cuatro (4) meses de que habla el

artículo 83, inciso 3o., del C.C.A. para que caduque la acción de Plena Jurisdicción que es la que estoy instaurando".

El Tribunal, accedió a las peticiones de la demanda después de un detenido estudio. A continuación se transcribe un aparte de las consideraciones que al respecto hace el citado Tribunal:

"Las causales de impugnación de los actos administrativos proceden, conforme al artículo 66 del C.C.A. no solo por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, sino también cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere.

"En torno a esta norma, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado su concepción sobre la nulidad de los actos administrativos por falsa motivación, como una consecuencia del abuso o desviación del poder. Cuando la Administración, para sustentar la expresión de su voluntad, en forma errónea o intencional, le da visos de realidad a una explicación que no cabe dentro de la categoría de lo verídico; o bien abuso de las atribuciones que los ordenamientos legales o reglamentarios le han asignado, o bien toma un camino equivocado en el ejercicio de las mismas.

"Y si en la adecuación de esa "su verdad" con la realidad se establece una disconformidad, es evidente concluír que el acto confrontado se halla viciado de nulidad. Porque cuando en virtud de los motivos aducidos para expedir un acto, al hacer la respectiva confrontación, no puede atribuírsele la característica de real, se genera un vicio de tal naturaleza que cae bajo la esfera de lo anulable.

"Bien se sabe que todo acto Administrativo conlleva la presunción de legalidad como un sello de garantía para el funcionario o corporación que lo expide. Mas quienes lo profieren deben acomodarlo al marco que la Ley o los reglamentos les señalen, también para proteger los intereses de quienes deban padecer sus efectos. Si el funcionario o corporación desbordan ese encuadramiento, sus decisiones estarán afectadas de nulidad. Desde luego la denominada falsa motivación debe estar ostensiblemente revelada y acreditada en el proceso para que pueda prosperar la anulación del acto impugnado".

Y la encuentra definitivamente demostrada el fallador en el presente caso porque el cargo que ocupaba el demandante sí tenía funciones previamente señaladas y él las desempeñaba sin duda, puesto que, según agrega:

"En el proceso figuran innumeros documentos que relievan la tarea que le fuera encomendada por el Ministerio de Justicia al actor y la por él realizada

mientras estuvo desempeñando el cargo de Visitador Administrativo V, grado 14. Comisiones para la práctica de visitas a diferentes dependencias en varios sitios del país así como múltiples copias de actas de esas visitas, atestigüan que Leopoldo Sánchez Campo sí tenía funciones asignadas.

"Pero si como esto fuera poco, el cargo que tenía Leopoldo Sánchez Campo carecía de fundamento para un reemplazo suyo si las tenía, en donde nuevamente surge el criterio antinómico que caracteriza todos los actos impugnados.

"Si el interés de la administración estaba en prescindir de los servicios de Sánchez Campo bien pudo haberlo hecho, lisa y llanamente removiéndole, sin apelar a razones reñidas con la lógica, en este proceso ampliamente demostradas como falsas".

Y por encontrar falsas estas razones en que el Ministerio de Justicia se fundó para declarar insubsistente el nombramiento del actor y no inspirados, desde luego, en el interés general, terminó afirmando la desviación de poder, con las consecuencias de rigor en la parte resolutiva de la sentencia, así:

"1. Es nulo el acto administrativo contenido en las siguientes providencias:

a) En los oficios números 173 y 198 de fechas marzo y 30 de abril de 1967, dirigidas por el señor Jefe de la rama administrativa del Ministerio de Justicia, al Director y Secretario General del mismo despacho;

b) En la Resolución No. 1618 de 15 de mayo de 1967, proferida por el señor Ministro de Justicia, originada en las comunicaciones citadas en el literal anterior, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Leopoldo Sánchez Campo en el cargo de visitador administrativo V, grado 14, perteneciente a la Rama Administrativa del Ministerio de Justicia.

c) En la Resolución número 406 de fecha 12 de febrero de 1968 expedida por el señor Ministro de Justicia, en cuanto por ella se reemplaza al señor Leopoldo Sánchez Campo en el cargo de Visitador Administrativo V, grado 14, perteneciente a la Rama Administrativa del Ministerio de Justicia por el señor Alberto Mendoza Gómez.

2. Que como consecuencia de la anterior nulidad, el Gobierno Nacional (Ministerio de Justicia) ordenará el correspondiente reintegro del señor Leopoldo Sánchez Campo al cargo de visitador administrativo V, grado 14, de la Rama Administrativa del citado Ministerio o a otro cargo de igual o superior categoría.

3. El Ministerio de Justicia liquidará y pagará al señor Leopoldo Sánchez Campo las sumas dejadas de percibir por concepto de sueldos, primas desde la fecha de su retiro hasta aquella en que se ordenará su reintegro teniendo en cuenta que para dicho tiempo no existe solución de continuidad, en el servicio.

4. El Gobierno Nacional (Ministerio de Justicia) dará cumplimiento al presente fallo dentro del término establecido por el artículo 121 del C.C.A."

De plano como debe resolverse la consulta, entra la Sala a decidir previas estas consideraciones:

1. Como lo analiza y demuestra en su vista el señor Fiscal del Tribunal, el demandante no era empleado de carrera administrativa, ni para hacerle el nombramiento con carácter de provisional se habían cumplido las exigencias del Decreto 1732 de 1960 para que pudiera tenérsele como amparado por alguna estabilidad.

2. Pero el mismo Fiscal y el Tribunal de acuerdo con él, han estimado que la declaración de insubsistencia del nombramiento del actor adolece de falsa motivación puesto que dicho acto se produjo pretextando que aquel, no tenía funciones a tiempo que del estatuto orgánico del Ministerio de Justicia esas funciones aparecian claramente determinadas, a más de que de las pruebas aportadas resulta que cumplió varias comisiones "en ejercicio de su cargo, en diferentes dependencias del Ministerio de Justicia y en distintos lugares del país"; puesto que también su remoción obedeció a la sugerencia discriminatoria del Jefe de la Rama Administrativa en el sentido de que el empleado que sobraba había de ser Sánchez, para posteriormente resultar designándole reemplazo, porque lo ocurrido no fué que se suprimiera el cargo; y puesto que la definitiva remoción del actor, no se produjo con miras a un mejor servicio "sino por motivos egoistas y distintos del interés general, como lo ponen de presente los pretextos del Jefe de la Rama Administrativa" en los oficios impugnados.

3. Sin qué sea menester entrar a analizar la falsa motivación como fundamento para anular un acto administrativo, ni si ha de tenérsela o no como causal autónoma al efecto y demás disquisiciones a qué el punto se ha prestado principalmente en la doctrina francesa, al hecho es que la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir del fallo de la Sala Plena Contenciosa de fecha 25 de agosto de 1969 ha venido aceptándola como motivo de anulación pero solamente en cuanto entrañe desviación de poder o ejercicio de las atribuciones legales con fines distintos al buen servicio público, y desde luego también cuando se manifiesta la disconformidad de los motivos expresados, con la realidad.

4. El de autos no lo estima la Sala un caso de falsa motivación, ni tampoco de las pruebas antecedentes del acto de remoción del empleado señor Sánchez resulta que ella no obedeciera a finalidades de buen servicio y de interés general. En efecto:

Se señala como origen de esa remoción los oficios del Jefe de la Rama Administrativa al Director y al Secretario General del Ministerio de Justicia, que dicho sea de paso no integran con la Resolución 1816 el acto complejo que el Tribunal ha creído encontrar, sino a lo más, constituyen sus antecedentes. Actos complejos son los formados por el concurso indispensable de varias voluntades que actúan separadamente en orden al mismo objeto. Y en el caso de autos no se requería la expresión de voluntad del Jefe Administrativo del Despacho para que el Ministro tomara la medida en cuestión, ya que se trataba de un empleado que podía remover libremente.

El oficio 173 dirigido al Director comienza por hacerle presente a este último funcionario que disponiendo la Sección de Prisiones de Visitadores suficientes para cumplir las funciones que venian desempeñando los visitadores administrativos V Grado 14, "éstos no encajaban dentro de organización del Ministerio", que por lo que hacía a la Jefatura, ella le había adscrito funciones a uno de los dos visitadores, "pero al otro no se ha logrado acomodarle actividad u oficio definido, debiendo en consecuencia decretarse" en receso, por carencia de funciones al cargo correspondiente a un visitador... hasta tanto se haga una programación verdaderamente técnica" y con funciones que corresponden a una meta definida: y que al tomarse esa medida el afectado debería ser el señor Sánchez, en estricta justicia, "ya que su cumplimiento y conducta no son satisfactorios" por las razones que termina relatando el mismo oficio, que es de marzo 8 de 1967.

Como no se tomara la medida en cuestión, posteriormente el Jefe Administrativo cursó el oficio 198 de abril 20 al Secretario General enviándole la documentación en que el destinatario encontraría las razones de la petición elevada al Director, e insistiendo en que no debía prolongarse más tiempo" el mantener empleados sin oficio, como es el caso del señor Visitador Leopoldo Sánchez, lo que constituye funesto precedente".

Con fecha 15 de mayo siguiente el Ministerio declaró la insubsistencia del nombramiento de Sánchez haciendo estas consideraciones:

"Que el señor Jefe de la Rama Administrativa en oficios 173 y 198 de fecha 8 de marzo y 30 de abril de 1967, dirigidos al señor Director y al señor Secretario General del Ministerio, respectivamente, manifiesta que uno de tales cargos de Visitador Administrativo se le han adscrito algunas funciones, pero el otro no se ha logrado acomodarle actividad u oficio definido y por lo

tanto solicita se decrete un receso por carencia de funciones el cargo correspondiente a un visitador Administrativo V grado 14. . . hasta tanto se haga una programación técnica y sus funciones correspondan a una meta definida; Que en el mismo oficio citado en el aparte anterior, el señor Jefe de la Rama Administrativa solicita que el funcionario que debe ser afectado con esta novedad, será el señor *Leopoldo Sánchez Campo,* toda vez que, por las razones expuestas, no está desempeñando ninguna función; Que de acuerdo con el artículo 63 de la Constitución Nacional, no debe haber en Colombia ningún empleado que no tenga funciones detalladas en leyes o reglamentos".

Frente a estos considerandos es palmario: 1o. que aun cuando con cierta impropiedad se dijera que el actor no tenía funciones y que no puede haber empleados sin ellas según la Constitución, la realidad era que las funciones adscritas a los Visitadores Administrativos ya podía desempeñarlas uno solo por tener la Dirección de Prisiones visitadores suficientes para el mismo efecto: No que tales funciones no estuvieran detalladas en Ley o Reglamento; y 2o. que apenas se trató de "un receso" en la actividad de uno de los empleos de visitadores hasta tanto se haga una programación técnica y sus funciones correspondan a una meta definida".

No puede pasarse por alto, tampoco, que contra el empleado removido había quejas por falta de cumplimiento, según el oficio del Jefe Administrativo al Director del Ministerio.

El cumplimiento en la asistencia al lugar de trabajo es elemento insustituible de buen servicio. Eran "notorias y frecuentes las ausencias" del actor de la oficina, agrega el oficio 173.

Ciertamente a los autos se han traído comprobantes de que aquél desempeñó funciones, cumplió comisiones y era requerido para que practicara visitas, pero ello con considerable anterioridad al mes de mayo de 1967 que fué cuando vino a declararse insubsistente su nombramiento porque ya esas funciones podía desempeñarlas un solo visitador.

Se alega así mismo que no hubo supresión del cargo porque con posterioridad se hizo nombramiento del reemplazo y que de este modo quedó en evidencia que no se trató sino de un pretexto para remover a Sánchez, robusteciéndose así el aspecto de la falsa motivación. Pero tampoco este planteamiento es valedero porque el cargo volvió a proveerse en el mes de febrero del año siguiente, es decir habiendo mediado un lapso en que cabe suponer que se hubiera efectuado ya la programación y distribución técnica de funciones previstas en la propia Resolución 1618 acusada.

Que el empleado de que se prescindiera fuese el señor Sánchez, era ya punto que el Ministro podía decidir en ejercicio de la facultad de libre remoción

que le asistía respecto de un subalterno que no ha demostrado que lo amparara algún fuero especial. Independientemente de que otro subalterno se lo insinuara.

No cabe pues para la Sala duda de que el Ministro del Ramo obró dentro de sus atribuciones al separar al demandante del servicio oficial y de que esta medida obedeció a razones de buen servicio e interés general conforme a las cuales no ha de haber sino los empleados estrictamente requeridos para desempeñar la respectiva función.

El fallo consultado deberá revocarse.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* en consecuencia el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 28 de noviembre de 1971 y en su lugar *niega* las peticiones de la demanda.

Este fallo fué discutido y aprobado por la Sala en su sesión de fecha 24 de marzo de 1972.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de orígen.

Alvaro Orejuela Gómez — Rafael Tafur Herrán — Eduardo Aguilar Vélez — Nemesio Camacho R.

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

JUSTICIA PENAL MILITAR. *Naturaleza intrínseca de la función jurisdiccional. Los funcionarios de la Justicia Penal Militar pertenecen a la Rama Jurisdiccional y no a la Administrativa, y por esta razón no pueden ser tenidos como empleados civiles del ramo de guerra, porque éstos forman parte de esta última rama y no de la primera. Sueldos y prestaciones correspondientes a los funcionarios de la Justicia Penal Militar. Constitucionalidad de los Decretos que señalan sueldos a la Justicia Penal Militar.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D.E., mayo veintinueve de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar V.

Ref: Radic. No. 2329.
Resoluciones Ministeriales.
Nulidad de las Resoluciones Nos. 002718 de 9 de mayo de 1969 y 7093 de 20 de octubre de 1970, expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional.
Actor: José Ignacio Talero Lozada.

El señor doctor José Ignacio Talero Lozada, en ejercicio de la acción de Plena Jurisdicción, por medio de apoderado, ha solicitado al Consejo que, previos los trámites correspondientes al juicio ordinario, se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera.** Que son nulas las Resoluciones Nos. 002718 de 9 de mayo de 1969 y 2093 de 20 de octubre de 1970 originarias del Ministerio de Defensa Nacional.

"**Segunda.** Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene al Ministerio de Defensa Nacional liquidar y pagar al doctor José Ignacio Talero Lozada la totalidad de las sumas que le resulte a deber por concepto de subsidio familiar, prima de alimentación y prima de servicio, consagradas por la ley 68 de 1963, y a partir del 16 de diciembre de 1968 en adelante.

"**Tercera.** que a la sentencia por la cual se ponga fin al presente juicio le dé cumplimiento al Ministerio de Defensa Nacional por conducto de la Pagaduría respectiva y dentro de los términos previstos en el artículo 121 de la Ley 167 de 1941".

HECHOS:

Estos pueden sintetizarse así:

El Dr. Talero Lozada viene prestando sus servicios ininterrumpidamente desde el 26 de noviembre de 1953 hasta la fecha, a la Administración dentro del personal civil del ramo de guerra.

En virtud de la ley 68 de 1963 fueron establecidas para los empleados civiles del ramo de guerra (hoy de Defensa Nacional) las primas de servicios y de alimentación y el subsidio familiar. Con apoyo en esta ley el demandante solicitó al Ministerio de Defensa Nacional le fueran reconocidas y pagadas las mencionadas primas y el subsidio. Por medio de las Resoluciones demandandas, el Ministerio no accedió a lo pedido y adujo como razón fundamental el hecho de que tales complementos salariales no eran aplicables a los funcionarios de la justicia penal militar, según el decreto 697 de 1966.

La ley 68 de 1963, en sus artículos 16, 19 y 22, no ha sido modificada ni derogada por norma posterior de igual categoría y efectos, e igualmente el Consejo de Estado, en decisiones ejecutoriadas, ha declarado que a las primas establecidas por las emeritadas disposiciones tienen pleno derecho los funcionarios adscritos a la justicia penal militar por pertenecer al personal civil del ramo de guerra (hoy de Defensa Nacional). Por otra parte, diferentes disposiciones clasifican a los de la justicia penal militar como funcionarios pertenecientes al personal civil del ramo de defensa Nacional; tales normas son el decreto 1705 de 1960, la propia ley 68 de 1963, el decreto 2565 de 1968 y el decreto 2420 de 1970, mandatos estos conforme a los cuales la dependencia administrativa de los expresados servidores compete al Ministerio de Defensa Nacional y no a la Rama Jurisdiccional, como se pretende en los actos demandados.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Considera el actor que los actos enjuiciados han violado las siguientes disposiciones de orden superior; arts. 2o. 16, 17, 20, 26, 30, 55, 76 (numerales 1o. y 12), 118 (ordinal 8o.), 120 (Ordinales 2o. y 3o.), 121 (incisos 3o. y 7o.) 160 y 170 de la Constitución Nacional arts. 16, 19 y 22 de la ley 68 de 1963; la Ley 16 de 1968, principalmente su artículo 5o. (sic). Se agregó, además, que los decretos 697 de 1966, 3045 de 1968, 343 y 2029 de 1969 son inaplicables en virtud del art. 215 de la Constitución Nacional.

Se estima en la demanda que el decreto 697 de 1966 no puede tener vigencia después de haber sido levantado el estado de sitio que le sirvió al ejecutivo para dictarlo. El decreto 3045 de 1968, expedido con invocación de la ley 16 del mismo año no podía prorrogarle su vigencia. Por lo mismo, la suspensión de la ley 68 de 1963 ordenada en tal decreto no podía extenderse más allá del levantamiento del estado de sitio, lo cual ocurrió mediante el decreto 3070 de 1968. Se viola así, claramente, el art. 121 de la Constitución Nacional. El decreto 3045 de 1968 es inconstitucional pues el Gobierno no puede por medio de él prorrogar la vigencia de normas dictadas en virtud del Estado de Sitio. De otro lado una disposición derogada no revive por las solas referencias que de ella se hagan. Una disposición derogada solo recobra su

fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva. La vigencia del citado decreto 697 de 1966 expiró el 16 de diciembre de 1968 y no podía ser revivido sino mediante su inserción en una ley. No ocurrió así y por lo tanto la simple cita que de él hizo el 3045 de 1968 no podía revivirlo. Es claro entonces que si la ley 68 de 1963 estuvo simplemente suspendida hasta el 16 de diciembre de 1966, desde la misma fecha continúa vigente, toda vez que noa ha podido ser derogada ni expresa ni tácitamente.

La ley 16 de 1968 no revistió al Presidente de la República de las suficientes y necesarias facultades para expedir el decreto 3045 del mismo año, en lo que se refiere a la modificación de normas atinentes al Ramo de Defensa Nacional y correctamente a la modificación y derogatoria de la ley 68 de 1963 que estableció las primas y el subsidio familiar reclamados para los funcionarios de la justicia penal militar. Si la ley 16 de 1968 en ninguno de sus artículos inviste al Presidente de la República de Facultades extraordinarias para modificar la organización del ramo de Guerra (o de Defensa Nacional) resulta también inconstitucional cualquier otra disposición que persiga los mismos fines con apoyo en la citada ley, porque se quebranta el art. 76, numeral 12, y el 118, numeral 8o. de la Carta.

Según el concepto de la violación expuesto en la demanda, se ha incurrido en un injurídico expediente para desconocer a los servidores de la justicia penal militar el derecho que les otorga la ley 68 de 1963, haciendose burla de las decisiones jurisdiccionales por las cuales el Consejo dispuso la anulación del art. 103 del decreto reglamentario 351 de 1964, cuya fallida finalidad no era distinta a la de los decretos 697 de 1966, 3045 de 1968, 343 y 2029 de 1969, contra los cuales se invoca expresamente la excepción de inconstitucionalidad de que trata el art. 215 de la Constitución Nacional.

Estima el actor que los funcionarios de la Justicia Penal Militar están comprendidos dentro de lo que se denomina personal civil del Ramo de Defensa y no pertenecen a la rama jurisdiccional. Pero aun aceptando que pertenecieren a ésta como lo pretenden los inconstitucionales decretos, también se estaría violando el art. 160 de la Constitución Nacional por cuanto se estarían disminuyendo las asignaciones de determinados magistrados y jueces que se encuentra en ejercicio de sus cargos. No otra cosa es la supresión de las primas que se demandan. La ley 16 autorizó al Presidente para "mejorar las asignaciones del personal de la rama jurisdiccional", según el art. 20, pero no para rebajarlas.

El negocio se ha tramitado en forma legal. Se recibió concepto de la Fiscalía Cuarta del Consejo y se ha citado para sentencia.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Cuarta de la corporación conceptúa que debe accederse a la súplicas de la demanda, puesto que los actos enjuiciados no se ajustan a derecho. Para llegar a tal conclusión la Colaboradora Fiscal transcribe apartes de la demanda, con los cuales se muestra acorde. Además opina que los empleados de la Justicia Penal Militar a la vez que son civiles pertenecientes al ramo de Guerra o Defensa, son también funcionarios de la Rama Jurisdiccional, sin que encuentre oposición alguna en ambos conceptos. Para demostrar que son funcionarios de la Rama Jurisdiccional del poder público la Fiscalía hace un interesante estudio que el Consejo comparte. Solo que la Fiscalía concluye que el Presidente de la República no tenía facultad para rebajar los sueldos a estos empleados, pues la ley 16 de 1968 que lo invistió de facultades extraordinarias lo autorizó para "mejorar las asignaciones del personal de la Rama Jurisdiccional. . . " y por lo tanto, extralimitó estas facultades al excluir de las asignaciones las primas previstas en la ley 68 de 1963 a los de la Justicia Penal Militar.

Para resolver la Sala hace las siguientes *consideraciones.*

a) **Antecedentes del problema planteado.** Mediante sentencia fechada el 20 de enero de 1966 el Consejo de Estado declaró la nulidad del art. 103 del decreto reglamentario 351 de 1964 que excluyó a la Justicia Penal Militar de las primas y del subsidio familiar establecidos para los empleados civiles del ramo de guerra (hoy de Defensa Nacional). Posteriormente, en fallo de 13 de agosto del mismo año, dictado dentro del juicio instaurado por el señor Rafael Latorre Fonseca y otros, en acción de plena jurisdicción, se ordenó pagar tales primas y el subsidio a los demandantes como empleados civiles del mismo Ramo. Los actores pertenecían a la justicia penal Militar.

Mediante el decreto 697 de 1966 el Presidente de la República, invocando las facultades del art. 121 de la Constitución Nacional, reiteró lo dispuesto en el decreto ley 1720 de 1960, en la ley 4a. de 1962 y en la 24 de 1963, en el sentido de que para nivelar los sueldos del personal de la justicia penal militar con los de la justicia ordinaria, no se reconocería a aquel personal, primas, bonificaciones, ni subsidios adicionales distintos de los que sean comunes a todos los empleados públicos nacionales.

Posteriormente, en virtud del decreto 3045 de 1968, dictado con fundamento en las facultades otorgadas en la ley 16 del mismo año, se dispuso que algunos decretos de estado de sitio, entre ellos el 697 de 1966, regirían hasta la fecha en que entrara en vigor la organización judicial y el régimen de asignaciones a que dicha ley provee.

El señor Dr. José Ignacio Lozada ha desempeñado varios cargos en la Justicia Penal Militar, los últimos de los cuales han sido los de Fiscal y Magistrado del Tribunal Superior Militar. Por considerar que a partir de la fecha en que se levantó el estado de sitio que sirvió para dictar el decreto 697 de 1966, volvió a tener vigencia de ley 68 de 1963 que disponía el pago de Primas y subsidio familiar al personal civil del ramo de guerra, en relación con los funcionarios de la Justicia Penal Militar, solicitó el reconocimiento de estos complementos salariales, los cuales le fueron negados por medio de las resoluciones enjuiciadas.

b) **Rama del Poder a la que pertenecen los funcionarios de la Justicia Penal Militar.**

Para la Sala no queda duda de que los funcionarios que ejercen cargos en la justicia Penal Militar forman parte de la Rama Jurisdiccional del Poder Público.

En efecto: El artículo 58 de la Constitución Nacional dispone:

"La Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia"

Y el art. 170 de la misma Constitución dice:

> "De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

En tal forma que es la misma Constitución la que provee el establecimiento de Tribunales encargados de administrar justicia a los militares que delinquen.

La naturaleza intrínseca de la función jurisdiccional, lo que la distingue de las otras dos funciones estatales, está constituida por el motivo y por la finalidad. El motivo es una situación de conflicto, o una violación de una norma en finalidad de la función, esto es lo que se busca al poner en marcha los instrumentos estatales respectivos, es aclarar la situación conflictiva u obtener el restablecimiento de la norma jurídica violada. De acuerdo con lo anterior, el acto jurisdiccional constata la existencia de la situación conflictiva, o comprueba la violación de la regla de derecho y dispone lo pertinente, con fuerza de verdad legal.

La Justicia Penal Militar, según lo dicho, hace parte integrante de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, pues administra justicia, esto es, resuelve lo relativo a la violación de la ley penal por los militares en servicio y en

relación con el mismo servicio. No queda entonces otro camino a seguir que considerarla parte de esta rama y no de la rama administrativa o ejecutiva del poder público. Así ha sido tratada por el Legislador colombiano. Basta mirar el decreto ley 1720 de 1960, la ley 4a. de 1962, la ley 24 de 1963 y el Decreto Ley 343 de 1969.

Establecido entonces que los funcionarios de la Justicia Penal Militar pertenecen a la Rama Jurisdiccional y no a la administrativa, es necesario concluir que no pueden ser tenidos como empleados civiles del ramo de guerra, por que estos forman parte de ésta última rama y no de la primera.

Al restablecer la escala de sueldos para los empleados civiles del ramo de guerra, en distintas oportunidades, el legislador ha dado un tratamiento diferente al de los de la Justicia Penal Militar. Basta observar que el decreto 2420 de 1970 fija unas remuneraciones para aquella clase de empleados en forma mucho mas baja que la fijada para los de la Justicia Penal Militar. Resulta absurdo que para unos efectos, para los de obtener primas y subsidios, estos se consideren como empleados administrativos con el caracter de civiles del ramo de guerra, y para otros, para disfrutar de las asignaciones de que gozan los de la rama jurisdiccional, mayores desde luego que las de aquellos, se consideren pertenecientes a tal rama.

c) **Facultades otorgadas por la ley 16 de 1968 al Presidente de la República. Constitucionalidad de los decretos invocados en las resoluciones impugnadas.**

Habiendo dejado sentado que los funcionarios de la Justicia Penal Militar forman parte de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, se oportuno examinar si los decretos invocados en las resoluciones enjuiciadas y tachados como inconstitucionales en la demanda, lo son en realidad.

La ley 16 de 1968, en su artículo 20, revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:

"....

"9. Adoptar todas las medidas conducentes a la ejecución y funcionamiento de la nueva organización judicial".

Es obvio que dentro de esta facultad está la de prorrogar la vigencia del decreto 697 de 1966. Este decreto buscaba obtener una nivelación de los sueldos de la justicia penal militar con los de la justicia ordinaria y el decreto 3045 de 1969 le prorrogó su vigencia, que desde luego era transitoria, hasta que entrara en vigor la organización judicial y el regímen de asignaciones de

los funcionarios judiciales. No se trata, como se expresa en la demanda, de revivir una disposición derogada. Cuando se expidió el decreto 3045 no se había levantado aún el estado de sitio.

En varias oportunidades el legislador ha convertido en leyes de la República, decretos dictados en virtud de las facultades del Estado de Sitio. Fue precisamente lo que hizo en el presente caso el Presidente de la República investido de facultades extraordinarias para reorganizar la Administración de Justicia.

Pero además la ley 16 citada autorizó al Presidente para "mejorar las asignaciones del personal de la Rama Jurisdiccional". Cree la Fiscalía que el decreto que prorrogó la vigencia del 697 de 1966 violó esta norma, por extralimitarla, porque hubo una desmejora en los sueldos o asignaciones de los empleados de la Justicia Penal Militar. Para la Sala el argumento es, por lo menos equívoco porque desde el año de 1966 tales empleados no disfrutaban de las primas y bonificaciones previstas en la ley 68 de 1963 para el personal civil del ramo de guerra. Además a los empleados de la Justicia penal militar se les aumentó el sueldo en forma igual a la de los demás empleados de la rama Jurisdiccional. No se ha demostrado que el aumento hecho a ellos sea inferior al que tenga el más alto empleado civil del ramo de guerra, ni al que pudieran tener considerándoseles como empleados del ramo de guerra.

Si el demandante se considera como empleado civil del ramo de guerra y no como funcionario de la rama jurisdiccional, no se vé motivo para que cobre la asignación correspondiente a los Magistrados, se lucre de los aumentos hechos a estos en virtud de las autorizaciones de la ley 16 de 1968, pero al mismo tiempo le niegue a los decretos expedidos por el gobierno en virtud de la ley 16 citada, el carácter de constitucionales.

La inaplicabilidad, por ejemplo, del decreto 343 de 1969, pedida por el actor, porque el Gobierno no tenía facultad para fijar normas sobre la justicia penal militar, implicaría, desde luego, que los aumentos decretados en él para tal justicia no podían hacerse y por lo mismo el demandante saldría notoriamente perjudicado. Es que no pueden mezclar varios estatutos para escoger lo mejor de cada uno de ellos y pedir que se aplique únicamente lo favorable. Desde luego que en materia laboral, frente a dos estatutos que pudieran aplicarse a una persona, pudiera escogerse el que más convenga, pero no revolverlos y escoger lo favorable de cada uno eludiendo la aplicación de lo que no conviene. O se es empleado civil del ramo de defensa, con todas sus consecuencias, sometido, desde luego a la escala de sueldos que rigen para este personal, o se es de la Rama Jurisdiccional, con las prerrogativas y derechos que ella tiene, pero también con las limitaciones y obligaciones que impone.

En conclusión la Sala estima que no se han violado las normas citadas en la demanda y que la inaplicabilidad de los decretos dictados en virtud de la ley 16 de 1968 y que hacen relación con la justicia penal militar, no puede hacerse, pues que no aparece que se haya excedido con ellos la facultad otorgada al Presidente en la mencionada ley.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en desacuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Se deja constancia que el proyecto de este fallo fue aprobado por la Sección Segunda en sesión celebrada el 26 de mayo de 1972.

Alvaro Orejuela Gómez — Eduardo Aguilar Vélez — Nemesio Camacho Rodríguez — Rafael Tafur Herrán.

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

MINISTERIO DE COMUNICACIONES

EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. La facultad discrecional del Ejecutivo para nombrar y remover libremente a sus agentes y empleados, no amparados por estatuto alguno, en ningún caso se suspende.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D.E., junio ocho de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez.

Por auto de fecha 6 de diciembre de 1971, el Consejero Sustanciador de este negocio, resolvió no aceptar ni dar curso a la demanda presentada por el doctor *Arturo Escobar Vélez,* contra el Decreto número 2916 del 28 de octubre de 1968 y la Resolución 1921 del 14 de septiembre de 1971, dictada por el Ministerio de Comunicaciones, y al mismo tiempo ordenó devolverla al interesado.

Los motivos aducidos para tomar esa determinación fueron los siguientes:

> "Si bien es cierto que la última Resolución mencionada tiene fecha 14 de septiembre de 1971, debe considerarse que el artículo 23 del Decreto 2733 de 1969, establece que ni la petición de revocación de un acto, ni la providencia que sobre ella recaiga, reviven los términos legales para el ejercicio de las respectivas acciones contencioso–administrativas. Por manera que el Decreto acusado es el número 2916 de 1968, encontrándose así la acción prescrita. Debe considerarse que lo solicitado no se refiere a las acciones que emanen de los derechos consagrados en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968".

Como consecuencia de la nulidad de los actos acusados, el demandante solicita, además del reintegro al servicio del Ministerio, el pago de las sumas a que cree tener derecho, desde la fecha de la terminación del curso que adelantaba en Río de Janeiro, por cuenta del Ministerio de Comunicaciones, hasta aquella en que sea reintegrado al cargo o, subsidiariamente, "hasta la fecha en que cumplía el término de seis (6) años, equivalente a tres veces el tiempo que duró en comisión de estudios".

Contra el auto que negó la admisión de la demanda el actor interpuso el recurso de súplica, del cual conoce la Sala de Decisión.

Este fue sustentado mediante los argumentos que a continuación se sintetizan:

Considera el demandante que "el impropiamente denominado "Decreto" de insubsistencia es en el fondo *Una declaratoria de caducidad* de un contrato

válidamente celebrado entre la Administración y el Doctor Arturo Escobar Vélez", y que la petición formulada ante el Ministerio no es más que un recurso de reposición para obtener de éste, la revocatoria del Decreto mencionado, de donde deduce que la acción intentada ante esta jurisdicción, no está prescrita por haberse incoado cuando aún dicho Decreto no se encontraba en firme, pues su notificación no se hizo en la forma consagrada expresamente por la Ley procesal. Afirma, luego, que la actuación del Ministerio fue improcedente, al expedir el acto enjuiciado como un Decreto, con el ánimo de evitar la notificación de la decisión unilateral de declarar la caducidad del contrato celebrado con el actor, omitiendo también la motivación requerida por la Ley para pronunciarse sobre aquélla. Finaliza su escrito el demandante insistiendo en que el Decreto de insubsistencia no le fue notificado en la forma prevista por el Decreto 2733 de 1959, es decir, indicándole los requisitos procedentes.

Para resolver la Sala de Decisión,

CONSIDERA:

Es necesario distinguir, ante todo, entre los efectos jurídicos de un Decreto que declara insubsistente un nombramiento, y los que se refieren al presunto incumplimiento de un contrato.

Partiendo de la base de que el demandante era un funcionario de libre nombramiento y remoción, pues no existe prueba en contrario, ni este punto ha sido objeto de argumentación en el libelo, debe advertirse que la facultad discrecional de que está investido el Ejecutivo para nombrar y remover libremente a sus agentes y empleados, no amparados por estatuto alguno, en ningún caso se suspende. Esta atribución legal la conserva la Administración aún en el evento de que el empleado se encuentre en uso de licencia voluntaria o por enfermedad, disfrutando de vacaciones etc. En todos estos casos puede ser declarada su insubsistencia, y esta decisión tiene plena validez. Cuestión muy distinta es el hecho de las sanciones que se le imponen a la Administración, si, por ejemplo, se despide a una empleada en licencia por maternidad, deberá indemnizársele; o a un funcionario, igualmente en goce de licencia por enfermedad, tiene derecho a que se le continúe el tratamiento médico, farmacéutico, hospitalario o quirúrgico; pero en todos los casos la declaración de insubsistencia, no queda afectada de nulidad.

Trasladando las anteriores consideraciones el asunto aquí controvertido, se llega a la conclusión de que el demandante, por ser de libre nombramiento y remoción, podía el Ejecutivo declararlo separado del cargo que venía desempeñando, no obstante haber de por medio, un contrato de estudios en el exterior. No tiene, entonces, validez el argumento de que la petición

elevada por el actor ante Mincomunicaciones –ya ejecutoriado el Decreto de insubsistencia–, pueda o deba estimarse como una reposición, por la circunstancia de no habérsele notificado, sin advertirle los recursos que procedían. Es bien sabido que los actos–condición, como el que se debate, surten efectos inmediatos y no son susceptibles de recurso alguno por la vía gubernativa. De consiguiente, no puede afirmarse, con fundamento jurídico, que el Decreto número 2916 de 1968, calificado de "impropio y fraudulento" por el demandante, hubiese sido mal notificado.

Conviene recordar, además, que la Ley 167 de 1941 señala varias etapas o momentos desde los cuales debe empezarse a contar los términos para interponer las correspondientes acciones contencioso–administrativas; o sean, la expedición, notificación o publicación del acto, o la ejecución del hecho u operación administrativa. Y en el caso presente se allegó al informativo el Diario Oficial de 12 de diciembre de 1968, en donde aparece la publicación del Decreto impugnado, estando, por tanto, prescrita la acción, al contarse los términos respectivos, aún a partir de la última fecha citada.

Con lo anterior se demuestra que el acto sub–judice es totalmente ajeno e independiente del contrato de estudios celebrado por el demandante con la Administración, y que no era necesario que ésta al proferirlo, lo hubiese motivado, por cuanto bastaba al Ejecutivo –como lo hizo–, invocar las facultades legales de que estaba investido.

De otra parte, si el actor considera que, en realidad, la Administración Pública incumplió el convenio aludido y con ello le causó graves perjuicios, quiere decir que su reclamación debe ceñirla a las normas que sobre el particular estableció el Decreto 528 de 1964, al otorgar competencia al Consejo de Estado para conocer de las controversias suscitadas con la celebración de contratos administrativos.

Las razones jurídicas antes expuestas, como también las expresadas por el Consejero Sustanciador en el auto suplicado, son suficientes para que la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado, *confirme*, en todas sus partes, dicha providencia, dictada el seis (6) de diciembre de mil novecientos setenta y uno (1971).

Cópiese, notifíquese, y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alvaro Orejuela Gómez – Eduardo Aguilar Vélez – Rafael Tafur Herrán.

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

MINISTERIO DE FOMENTO

IMPUESTOS. Exoneración de impuestos para las Industrias nuevas.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D.E., junio veintidós de mil novecientos setenta y dos.

Ref: Radicación 2125.
Nulidad de las resoluciones números 311 de 1969 y 4 de 1970 de la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Fomento. Demandante: Lloreda Productos de Hierro y Acero S.A.

Proponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro.

Por los actos acusados se negó a la demandante la condición de industria nueva básica para los efectos tributarios correspondientes a mil novecientos sesenta y ocho (1968). Se considera violado el artículo 3o. del decreto 1393 de mil novecientos sesenta y uno (1961). El señor Fiscal doctor Carlos Ramírez Arcila considera que debe accederse a lo pedido en la demanda.

Para resolver se considera:

El artículo 114 de la ley 81 de mil novecientos sesenta (1960) dispone: "Las sociedades anónimas que tengan por objeto permanente y exclusivo el desarrollo de industrias complementarias a la producción de hierro y que en más de un 50o/o utilicen en su proceso de transformación artículos de Acerías Paz del Río S.A., o importadas al país en trueque por estos artículos, tendrán derecho a gozar de las exenciones consagradas en el artículo 112". El 112 establece: "Las sociedades anónimas que existen actualmente en la República o las que se constituyan hasta el año de mil novecientos sesenta y cinco (1965) inclusive, cuyo único objeto sea el establecimiento y explotación de industrias básicas necesarias para el desarrollo económico del país, gozarán de una exención hasta el 100o/o del impuesto sobre la renta, hasta el año de mil novecientos sesenta y nueva (1969) inclusive, siempre que utilicen materia prima nacional en proporción no inferior al 60o/o del valor de las materias primas utilizadas. Parágrafo. La exención del impuesto beneficia también a los socios o accionistas de la respectiva sociedad, en la proporción que corresponda, en cuanto al impuesto de renta sobre los dividendos y al impuesto complementario sobre el patrimonio representado por las acciones, pero solamente en el caso de que se trate de industrias nuevas".

El artículo 3o. del decreto reglamentario número 1393 de 1961 reza: "Las industrias básicas y las complementarias a la producción de hierro, son

"nuevas" cuando tienen por objeto la obtención de artículos no producidos en el país antes de la vigencia de la ley 81 de 1960, o fabricados pero en cantidad notablemente inferior a la requerida para los consumos nacionales o mediante nuevos procedimientos que superan en forma importante las técnicas empleadas anteriormente".

Conforme a la resolución número 4 de 1970 el demandante aceptó que su industria debe considerarse básica solo por la razón de que emplea nuevos procedimientos que superen las técnicas empleadas anteriormente. El superintendente se negó al reconocimiento con efecto para el año de 1968 por la circunstancia de que los nuevos procedimientos no estaban operando durante ese año y solo empezaron a funcionar en el de 1969. Esta afirmación implica el reconocimiento de que la empresa emplea los nuevos procedimientos de que trata el decreto 1393 de 1961.

Por las copias de las facturas que obran de folios 18 a 21 se acredita la adquisición de productos redondos de acero Thomas de Acerías Paz del Río S.A. y por la inspección judicial y el dictamen de peritos se comprobó sin contradicción que la maquinaria cuyo empleo supone los nuevos procedimientos industriales fue adquirida pagada e introducida al país desde antes de 1968 y su instalación comenzó a mediados del mes de agosto de ese año. El valor de la maquinaria equipo auxiliar e instalación se contabilizó en los activos de la empresa en el año de 1968.

La exoneración de impuestos para las industrias nuevas es instrumento de intervención del Estado para promover el desarrollo económico general y el especial del sector de actividad protegido con el aliento tributario. El propósito evidente es el de canalizar los ahorros hacia la organización de las empresas cuyo emprendimiento se considera útil para la economía nacional. En el presente caso la ley fue muy general pero el gobierno al reglamentarla se mostró generoso porque las especificaciones de los decretos incluyen el uso de procedimientos nuevos como causal precisa para gozar del aliento fiscal. Es claro que nadie adquirirá maquinaria costosa ni pagará por instalarla si no tiene el propósito de usarla de la misma manera que no se constituirán empresas con el objeto exclusivo de utilizar insumos provenientes de Acerías de Paz del Río si las plantas industriales no han de funcionar, porque semejante conducta sería ilógica. La constitución de la sociedad nueva o la modificación y mejoramiento de la existente cumplen ya el objetivo perseguido por la ley de llevar el ahorro hacia la producción estimulada. No obstante que la generalidad del precepto legal hubiera permitido reglamentaciones restrictivas el gobierno no procedió así sino al contrario y en ninguno de los decretos determinó que la exoneración del impuesto dependía del funcionamiento de la maquinaria sino de la evidencia sobre utilización de procedimientos nuevos.

En vista de los amplios propósitos de la ley y particularmente de los reglamentos, no es fácil comprender que los funcionarios encargados de aplicarlos conciban mecanismos procesales sin asidero en el sistema jurídico superior para negar con criterio avaro lo que el mismo gobierno reglamentó con generosidad.

En consecuencia el Consejo de Estado por intermedio de la sección cuarta de su sala de lo contencioso administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

1. Son nulas las resoluciones números 311 de diez (10) de Octubre de mil novecientos sesenta y nueve (1969) y cuatro (4) de ocho (8) de Enero de mil novecientos setenta (1970) emanadas de la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Desarrollo antes llamado de Fomento.

2. En lugar de los actos acusados se reconoce que la sociedad Lloreda Productos de Hierro y Acero S.A. cumplió con las condiciones establecidas por la ley 81 de mil novecientos sesenta (1960), el decreto 1393 de mil novecientos sesenta y uno (1961) y el 1.731 de mil novecientos sesenta y seis (1966) para ser aceptada como industria básica necesaria para el desarrollo económico del país, reconocimiento al que se le dará todos los efectos fiscales que correspondan al año de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la sala de fecha veintidos de Junio de mil novecientos setenta y dos.

Juan Hernández Sáenz — Hernando Gómez Mejía — Gustavo Salazar Tapiero — Miguel Lleras Pizarro.

Hernando Franco Rojas
Secretario.

CAPITULO TERCERO:

Actos de Otras Autoridades

y Personas Administrativas

del Orden Nacional

SUPERINTENDENCIA BANCARIA

ACTOS ADMINISTRATIVOS. La actividad de la administración comprende: actos administrativos en sentido estricto, o negocios jurídicos de derecho público y meros actos administrativos. Estos últimos no son susceptibles de ninguna clase de recursos ni por la vía administrativa ni por la vía contenciosa.

Consejo de Estado – Sala de Decisión de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D.E., enero veinte de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía.

Ref. Expe. No. 1990
Autoridades Nacionales
Actor: Carlos Eduardo Márquez A.

El apoderado del demandante interpuso recurso de súplica contra el auto del 16 de diciembre de 1971 dictado por el Consejero Dr. Gustavo Salazar T. en el cual se dispone no admitir la demanda instaurada. Tramitado debidamente el recurso, se procede a decidir, previas las siguientes consideraciones:

El actor, en el ejercicio de la acción de plena jurisdicción demandó, con fecha 18 de noviembre de 1971, la nulidad del certificado expedido por el Superintendente Bancario, Primer Delegado, el 27 de noviembre de 1969.

El Consejero sustanciador estimó en el auto materia de esta súplica, que había precluído el término para instaurar la acción, ya que ha debido entablarse dentro de los cuatro meses de su publicación, notificación o ejecución según las voces del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo y agregó esta otra razón que se copia textualmente:

> "Bien es verdad que el demandante pidió la revocación del acto acusado el 19 de abril de 1971 ante el propio Superintendente Bancario y que éste resolvió la petición por la resolución número 1367 de 1971, la que se notificó por edicto que se desfijó el 23 de julio de 1971 y que para la fecha de la presentación de la demanda ante el Consejo de Estado habían transcurrido menos de cuatro meses desde esta última fecha, pero tal petición de revocación ni la providencia que sobre ella recayó tuvieron la virtud de revivir el plazo caducado para acudir a la jurisdicción contenciosa, como lo prescribe en forma expresa el artículo 23 del decreto ley 2733 de 1959".

En su alegato sustentando el recurso de súplica el apoderado del demandante afirma que el certificado es un acto administrativo y que por lo tanto ha debido notificársele al interesado, que como no se procedió así la notificación sólo se surtió cuando se manifestó como conocedor de aquél e

interpuso a tiempo tanto el recurso de reposición ante el Superintendente como la presente acción y afirma que él no ejerció el derecho de revocatoria directa a que se refiere el artículo 23 del Decreto Ley 2733 sino que pidió un recurso de reposición ante la Superintendencia Bancaria el cual le fue negado por improcedente.

En esta última afirmación le asiste la razón al recurrente contra lo afirmado en el acto que se estudia porque ciertamente el recurso de revocatoria directa, que no revive los términos para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, es muy distinto a aquellos recursos que se interponen por la vía administrativa.

Pero no está en lo cierto el recurrente cuando afirma que el certificado expedido por el señor Superintendente Bancario y que ha sido motivo de la presente acción, es un acto administrativo. Ciertamente que no lo es ya que un certificado es la simple verificación de un hecho o de un acto, que al ser expedido por autoridad competente, adquiere la calidad de documento público y que se entrega al interesado para los fines que considere pertinentes.

Elemento esencial, parte nuclear del acto administrativo es el que sea una declaración de voluntad del funcionario o corporación administrativos, de deseo, o de juicio; este elemento lo ponen invariablemente todos los tratadistas de Derecho Administrativo; consecuencialmente donde no hay declaración de voluntad, de juicio, de deseo con la finalidad de producir un efecto en derecho no puede predicarse la existencia de un acto administrativo. Tal es el caso de la certificación en donde la Administración no hace ninguna manifestación de voluntad sino que se contrae a dejar constancia de algo existente, de algo que compruebe por todos los medios normales o de hechos que se han sucedido en presencia del funcionario público y de los cuales no queda constancia en el expediente. Pero en esta hipótesis la voluntad de la Administración no quiere, no se determina, no se manifiesta, no es su deseo producir consecuencias jurídicas; otra cosa es el uso que de la certificación haga el interesado.

Pero se argumentará que el mero hecho de que el certificado provenga de un funcionario administrativo y que sea producido en virtud de cierta actividad elemental de aquél le da la categoría de acto administrativo. Tal afirmación sería completamente inexacta porque no basta que una actividad se realice por la Administración para que ella pueda denominarse acto administrativo; es necesario el elemento clave que antes se analizaba. De ahí por qué la doctrina suele distinguir la actividad de la Administración en actos administrativos en sentido estricto, o negocios jurídicos de derecho público y meros actos administrativos.

Los actos administrativos, negocios jurídicos, son declaraciones de la voluntad de la autoridad administrativa con la intención de producir efecto jurídico; se caracterizan, pues, porque el órgano administrativo quiere el acto en sí y el efecto jurídico que de él emana.

En los meros actos administrativos la voluntad del órgano se reduce al cumplimiento de determinada actividad sin ocuparse de los efectos que ella pueda producir, los cuales son únicamente los que el derecho establece.

Como ejemplo de estos últimos citaremos unos cuantos: a) la expresión de una opinión para resolver una cuestión jurídica; b) la comprobación de hechos, condiciones, requisitos o relaciones jurídicas; c) la publicación en un diario oficial de un reglamento; d) inscripción en un registro de actos y hechos jurídicos como prueba de los mismos como ocurre, por ejemplo, con las actas del estado civil de las personas, las inscripciones en los registros de profesionales como requisito legal para el ejercicio de una profesión; e) la certificación de un acto o un hecho realizado o comprobable por la Administración; la intimación que se hace a una persona para que cumpla una obligación jurídica.

De todo lo anterior se deduce que el certificado de la Superintendencia Bancaria que es objeto de la demanda no es un acto administrativo y por lo tanto no es susceptible de ninguna clase de recursos ni por la vía administrativa, ni por la vía contenciosa. Estuvo en consecuencia acertada la determinación tomada en la providencia objeto de este estudio.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Decisión de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Confírmase el auto suplicado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 20 de enero de 1972.

Miguel Lleras Pizarro — Hernando Gómez Mejía — Juan Hernández Sáenz.

Hernando Franco Rojas
Secretario.

INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA

SAN ANDRES Y PROVIDENCIA. *No pueden considerarse como baldíos. Significado del concepto "Población Organizada".* **Es cierto que el artículo 45 del actual Código Fiscal (lo mismo que el 878 del derogado Código de 1873) reputa como baldíos "las Islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado", pero consagra además dos situaciones distintas de excepción. 1a. Que no estén ocupadas por** *poblaciones organizadas*; **y 2a. Que no estén apropiadas por particulares en virtud de título traslaticio de dominio. El término "población organizada" está indicando la existencia de un conglomerado humano sometido a un sistema político, administrativo y judicial de acuerdo con la Constitución y las Leyes, sistema que le permite realizar los fines a que toda sociedad sujeta a un régimen de derecho debe tender.**

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Bogotá, D.E., enero veintiuno de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Carlos Portocarrero M.

(Fallo discutido y aprobado en la sesión del día veinte (20) de Enero de mil novecientos setenta y dos (1972).

Ref. Expediente No. 1070
Ord. Incora.
Actor: Jairo Gutiérrez y otros.

El Dr. Gilberto Moreno y los señores Jairo Gutiérrez, Timotty Britton, Alfredo Cardona, Heladio Howard, Augusto Britton y Carlos Goyeneche, en ejercicio de la acción que consagra el artículo 66 del C.C.A., demandan la nulidad de la Resolución No. 206 de 16 de Diciembre de 1968 "por la cual se sustrae de la reserva territorial del Estado los terrenos del Archipiélago de San Andrés y Providencia y se declaran algunos de sus sectores como reservas especiales", dictada por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y de la Resolución 058 de 24 de Febrero de 1969 por medio de la cual el Gobierno Nacional impartió su aprobación a la primera.

La demanda fue admitida y por auto de fecha 30 de Agosto de 1969 se decretó la Suspensión Provisional de los actos acusados. Contra esta providencia interpuso el recurso de súplica el señor apoderado del *"Incora"* y la Sala de Decisión en auto de 10 de Noviembre del mismo año, confirmó la mencionada suspensión con el salvamento de voto del H. Consejero Dr. Rojas Arbeláez.

Durante la etapa procesal correspondiente se practicaron las pruebas pedidas por la parte actora y entre ellas se realizó una diligencia de inspección judicial a la que más adelante habrá de referirse.

En su alegato de conclusión el representante judicial del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria reafirma las tesis expuestas en el memorial en que sustentó el recurso de súplica.

Por su parte el señor Agente del Ministerio Público al emitir concepto de fondo y después de referirse al auto de suspensión provisional manifiesta que en virtud de lo dispuesto por las Resoluciones 149 de 1969 proferida por el Presidente de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, providencia confirmada por Resolución No. 372 de 13 de octubre del mismo año, originaria de la Presidencia de la República, "el mismo *Incora* derogó tácitamente la Resolución atacada" y que en consecuencia "no hay materia sobre la cual sea procedente un pronunciamiento de fondo".

No encontrándose causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, se procede a resolver en el fondo, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Resolución No. 149 de 1969 a que se refiere el señor Agente del Ministerio Público es del tenor siguiente:

> **"Artículo Primero.** El artículo 1o. de la Resolución No. 206 de 1968, quedará así:
>
> *El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria* adelantará la titulación gratuita y definitiva de los terrenos rurales de las islas de *San Andrés, Providencia y Santa Catalina,* de acuerdo con las normas que rigen la materia, terrenos que al igual que los que componen las zonas urbanas del Archipiélago, quedan fuera de la reserva territorial del Estado.
>
> **Parágrafo.** Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior los cayos, *Sucre,* (Johnny), *Acuario* (Rose), *Rocoso, Algodón, Albuquerque, Del – Ese, Córdoba, Santander, Hermanos, del Valle, Cangrejo* y *Serrana,* los bancos de *Roncador, Serranilla, Quitasueño, Bajonuevo* y *Alicia* y los demás islotes, cayos y bancos que hacen parte del Archipiélago de *San Andrés* y *Providencia.*
>
> **"Artículo Segundo.** Derógase el artículo 9o. de la Resolución Número 206 de 1968 y los artículos 1o. y 3o. de la Resolución Número 92 de 1969".

Por otro lado, el artículo 1o. de la Resolución No. 206 de 1968 está concebido en los siguientes términos:

> "Declarar que no han salido del patrimonio nacional y por tanto, son baldíos y constituyen reserva territorial del Estado, las Islas, islotes, cayos y bancos que conforman el Archipiélago de *San Andrés* y *Providencia".*

En primer término cabe observar que el primer inciso del artículo 1o. de la Resolución 149 es, para decir lo menos, superfluo, por cuanto ya la Ley 135

de 1961 le daba al Instituto aquellas facultades en cuanto a los terrenos baldíos se refiere; y aunque sin decirlo expresamente, se siguen considerando baldíos los terrenos urbanos y rurales de las Islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina quedando en el fondo vigente el artículo 1o. de la Resolución acusada.

Así las cosas y comparado el texto de los dos artículos transcritos, considera la *Sala* que no existe, como lo manifiesta el señor Fiscal 2o. de la Corporación, una derogación tácita del artículo 1o. de la Resolución 206 de 1968 y por tanto se hace necesario entrar al estudio de fondo del problema.

Conviene en primer término transcribir como parte motiva de esta providencia lo que se dijo en el auto de 30 de Agosto de 1969 que suspendió provisionalmente las Resoluciones acusadas. Se expresó en aquella ocasión lo siguiente:

> "El artículo 1o. de la Resolución 206 de 1968 es del tenor siguiente:
>
> "Declarar que no han salido del patrimonio nacional y por tanto, son baldíos y constituyen reserva territorial del Estado, las islas, islotes, cayos y bancos que conforman el Archipiélago de *San Andrés y Providencia.*

"Por su artículo 2o. la Resolución acusada resuelve 'sustraer de la reserva territorial' las Islas de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y algunos de los cayos y bancos 'que integran el Archipiélago de San Andrés y Providencia y constituyen la Intendencia Nacional del mismo nombre'.

"El artículo 3o. de la Resolución en cita declara 'como zonas de reservas especiales, con el fin de preservar la flora, la fauna, el caudal de los lagos, los arroyos y las bellezas escénicas naturales', determinadas zonas de las Islas, Cayos y Bancos, enumerados en el artículo 2o. Dichas zonas las divide en 'intangibles' y 'conservacionistas'.

"Según el art. 4o. se declaran como zonas de reserva especial para fines turísticos algunos de los sectores de las Islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y varios de los Cayos y Bancos que integran aquel Archipiélago.

"Por los artículos 5o. y 6o. se prohiben determinadas actividades en las zonas denominadas 'intangibles', y se determina la forma de explotación de los recursos naturales de las zonas 'conservacionistas'.

"Por último en los artículos 7o. a 10o. se resuelve:

"**Artículo séptimo.** Autorizar al Gerente para contratar con la Corporación Nacional de Turismo de Colombia u otra entidad la administración de las zonas destinadas para fines turísticos.

"**Artículo Octavo.** Destinar para la instalación de una Estación de Biología Marina por parte de la Universidad Nacional el cayo denominado *Casabaja.*

"**Artículo noveno.** De conformidad con el artículo 1o. de esta providencia los terrenos urbanos del Archipiélago, no reservados para fines especiales podrán ser adjudicados por los respectivos Municipios en la forma prevista por la Ley 137 de 1959 y sus Decretos Reglamentarios.

"**Artículo décimo.** Los terrenos rurales se destinarán a la creación de *unidades agrícolas familiares* que serán adjudicadas gratuitamente y definitivamente por el Instituto, de conformidad con las normas que regulan la adjudicación de baldíos, especialmente el Artículo 5o. del Decreto 1415 de 1940.

"El Instituto destinará las áreas para granjas de demostración o experimentación, locales para cooperativas agropecuarias o pesqueras, que se consideren necesarios".

"En la extensa parte motiva de la Resolución 206, figura un Capítulo denominado 'Aspectos Jurídicos' que puede considerarse como los fundamentos de derecho del Acto acusado.

La primera de las disposiciones citadas en la Resolución, es el artículo 3o., ordinal d) de la Ley 135 de 1961 sobre funciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y cuyo tenor es el siguiente:

"Clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, a objeto de identificar con la mayor exactitud posible las que pertenecen al Estado, facilitar el saneamiento de la titulación privada y cooperar en la formación de los catastros fiscales".

"Se apoya luégo en los artículos 878 y 919 de la Ley 106 de 1873. El primero reputa baldías, entre otras: '4a. Las Islas de uno y otro mar' dentro de la jurisdicción de la República 'que no estén ocupadas por poblaciones organizadas o por particulares con justo título'. El segundo prohibe la adjudicación de tierras baldías cuando éstas 'fueren islas de alguna importancia (o porciones de islas 'ubicadas en uno u otro océano *cerca de las costas* (el subrayado es de la Sala).

"Aquí la Sala Unitaria anota que éstos dos artículos traídos a cuento por el *Incora* fueron expresamente derogados por el artículo 450 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal vigente), artículo que también deroga la Ley 25 de 1908, otra de las disposiciones en la cual se apoya la Resolución acusada.

"Los Artículos 45, ordinal b) y 107, ordinal a) de la Ley 110 de 1912 citados también por el *Incora,* son del tenor siguiente:

"**Artículo 45.** Se reputan baldíos, y por consiguiente de propiedad nacional:

"....

"b) Las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado que no están ocupadas por poblaciones organizadas, o apropiadas por particulares, en virtud de título traslaticio de dominio".

"**Artículo 107.** Constituyen la Reserva Territorial del Estado, y no son enajenables:

"a) Las islas nacionales, de uno y otro mar de la República y las de los ríos y lagos, de que trata el aparte c) del artículo 45".

"Como puede observarse los artículos 45 de la Ley 110 de 1912 y 878 del Código Fiscal de 1873 están concebidos más o menos, en los mismos términos.

"Agrega el *Incora* en la parte motiva de la Resolución 206, lo siguiente:

"La Resolución No.03465 de Abril 9 de 1968 por medio de la cual se ordenó adelantar las diligencias administrativas en orden a clarificar la situación jurídica del Archipiélago de *San Andrés y Providencia,* fue notificada personalmente el Ministerio Público y al Intendente Nacional de *San Andrés* y *Providencia* y, por Edicto, a las personas que pudieren tener algún interés en las diligencias.

"Dentro del término concedido en dicha Resolución para presentar, solicitar y practicar pruebas, ningún interesado presentó títulos originarios expedidos por el Estado, sobre adjudicaciones de terrenos baldíos ubicados en el Archipiélago mencionado.

"Por otra parte, la Secretaría Jurídica del Instituto expedió una certificación en que afirma que en los archivos de adjudicación de baldíos no aparece constancia de que el Estado hubiere adjudicado terrenos ubicados en la Intendencia de *San Andrés* y *Providencia".*

"Por constituír las islas de *San Andrés* y *Providencia* uno de los lugares del país más densamente poblados desde la época de la Colonia, se podría pensar que en la fecha de expedición del primer código fiscal (1873) no operaba con respecto a ellas la presunción de ser baldíos, establecida en el Artículo 878; pero ello no implica que no lo fueran. Quizá convenga explicar cómo el caso es similar al de la presunción establecida por el Artículo 1o. de la Ley 200 de 1936; efectivamente, si un terreno rural está explotado se presume que no es baldío; pero por el solo hecho de estar explotado no ha dejado de ser baldío.

"Es más. El Artículo 879 del mismo Código Fiscal impuso a los particulares que se considerasen dueños o que pretendiesen algún derecho sobre parte de los terrenos a que se refiere el Artículo 878, la obligación de comprobarlo ante la Oficina de la Estadística Nacional.

"Por tanto, no habiéndose acreditado que haya título originario expedido por el Estado sobre parte alguna del Archipiélago de *San Andrés y Providencia*, con anterioridad a tal fecha, es de concluir que el régimen de reserva territorial establecido en los artículos 919 de la Ley 106 de 1873 y 107 de la Ley 110 de 1912 operó sobre las islas, cayos y bancos que integran el Archipiélago de *San Andrés* y *Providencia*".

"Es cierto que el artículo 45 del actual Código Fiscal (lo mismo que el 878 del derogado Código de 1873) reputa como baldíos 'las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado', pero consagra además dos situaciones distintas de excepción:

"1. Que no estén ocupadas por *poblaciones organizadas* (el subrayado es de la Sala); y,

"2. Que no estén apropiadas por particulares en virtud de título tralaticio de dominio.

"Es cierto que el artículo 45 del actual Código Fiscal (lo mismo que el 878 cuenta la segunda de las situaciones de excepción, con prescindencia absoluta de la primera.

"Es curioso observar que la Resolución demandada al comienzo de su parte motiva, en el Capítulo que denomina 'Reseña histórica', habla de la colonización del Archipiélago por los ingleses en el año de 1629 y relata cómo pasó aquél al dominio de la Corona española en el año de 1786. Refiere luégo la *permanencia* de vasallos del Rey en el año de 1792 y la construcción de una Iglesia católica en el año de 1809. Agrega que en el año de 1863 'ya aparece en forma clara que las Islas forman parte del Cantón de Cartagena'.

"Hecha la anterior observación se pasa a considerar los argumentos que el demandante aduce para demostrar la ostensible violación de la ley.

"Se dice en la demanda que el artículo 1o. de la Resolución acusada violó los artículos 45 y 107 de la Ley 110 de 1912 (el primero está concebido en términos similares al artículo 878 del Código Fiscal de 1873), por cuanto desconoció la existencia en el Archipiélago de una 'población organizada', hecho éste anterior, en muchos años, a 1873 y para demostrarlo trae a cuanto una serie de leyes y decretos dictados desde el año de 1821 que

ponen de manifiesto la 'ocupación por poblaciones organizadas', puesto que el legislador, desde aquella época, se preocupó y tuvo en cuenta las Islas que componen el archipiélago, para dotar a sus habitantes de los medios necesarios tendientes a cumplir los fines de toda sociedad organizada.

"La lista de Leyes y Decretos que el demandante relaciona en su escrito es bastante extensa y la Sala Unitaria sólo habrá de ocuparse de unos pocos. Pero antes conviene determinar qué ha de entenderse por 'población organizada', ya que, como anteriormente se dijo, tanto el artículo 878 del Código Fiscal de 1873 como el 45 de la Ley 110 de 1912 contemplan dos situaciones distintas que desvirtúan la presunción de baldíos de las 'islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado', a saber: a) La ocupación por poblaciones organizadas; y b) Las apropiadas por particulares en virtud de título traslaticio de dominio. La Resolución 206 se refiere únicamente a esta última situación.

"El término 'población organizada' está indicando la existencia de un conglomerado humano, sometido a un sistema político administrativo y judicial de acuerdo con la Constitución y las leyes, sistema que le permite realizar los fines a que toda sociedad sujeta a un régimen de derecho debe tender.

"Vale la pena recordar que el mismo *Incora* acepta la existencia de un conglomerado humano en las Islas de San Andrés y Providencia por el año de 1809, autorizado por la Corona española 'a condición de que los isleños construyeran una iglesia católica'. Este hecho indica claramente una 'organización' en aquel conglomerado.

"Pero hay algo más: el artículo 8o., numeral 1o. de la Ley de 25 de Junio de 1821 por medio de la cual se dividió el territorio de Colombia políticamente en doce (12) Departamentos, incluye a las Islas de San Andrés como Cantón de la Provincia de Cartagena en el Departamento del Magdalena.

"El artículo 1o. de la Ley de 28 de Abril de 1847 dispuso que el Cantón de San Andrés en la Providencia de Cartagena sería gobernado 'con arreglo del artículo 167 de la Constitución y a la Ley de 10 de Mayo de 1846'. Esta dispuso en su artículo 2o. que aquel territorio sería 'gobernado por un empleado con la denominación de Prefecto', de libre nombramiento y remoción del Poder Ejecutivo, cuyo período sería de 4 años y podría ser reelegido. En los artículos siguientes la ley fija las atribuciones de los Prefectos, considera el caso de nombramiento de corregidores y la destinación de una suma hasta de 'dos mil pesos del Tesoro Nacional para la construcción de iglesias y de otras edificaciones públicas, y para la dotación de Curas y directores de las escuelas primarias'.

"La Ley de 25 de Junio de 1821 como se anotó atrás, erigió en Cantón las Islas de San Andrés, Cantón que en virtud de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley de 7 de Junio de 1847 tendría un 'Colector de rentas'. Ya la Ley de 11 de Mayo de 1825 en su artículo 95 había dispuesto que en cada Cantón de la República debía haber 'uno o más jueces letrados a juicio del Poder Ejecutivo'.

"La ley de 22 de Junio de 1850 por su artículo 1o. vuelve a erigir en Cantón a San Andrés incorporándolo a la Provincia de Cartagena y en los artículos 2o. y 3o. habla de los Jueces políticos y alcaldes de dichos Cantones. (El artículo 1o. trataba también de los Cantones de Darién y San Martín).

"El artículo 3o. del Decreto Ejecutivo de 24 de Julio de 1850 dispuso que de los 25 Diputados a la Cámara provincial de Cartagena, uno sería elegido por el Cantón de San Andrés.

"Por Decreto del 6 de diciembre de 1850 'sobre arreglo de las líneas de correos' se ordenó una (línea) 'de Cartagena a Bocas del Toro, tocando en San Andrés y Chagres (artículo 1o.). En esta línea –dispuso el artículo 7o. del Decreto– 'se harán los viajes que el Gobernador de Cartagena crea necesarios, con tal que no excedan de 20 al año'.

"La Ley 39 de 4 de Junio de 1868 y el Decreto de 6 de Julio del mismo año, reglamentan todo lo relativo al gobierno y administración de "San Andrés".

"Podrían citarse más leyes y decretos dictados entre 1868 y 1912 que se refieren a las Islas de San Andrés y Providencia, pero se omiten tales citas para no hacer demasiado extensa esta providencia.

"Ahora bien: si como se ha dejado visto, desde el año de 1821 tanto el Congreso como los Presidentes de la República dictaron normas relacionadas con la organización política, administrativa, judicial y electoral de las Islas de San Andrés y Providencia, ha de concluirse necesariamente que allí existía, por lo menos desde aquella época, una población organizada que disponía de los instrumentos y funcionarios necesarios para realizar los fines a que toda sociedad sujeta a un régimen de derecho debe tender.

"Si ésto es así, como lo es, el *Incora* al dictar la Resolución 206 con su artículo 1o. violó ostensiblemente el artículo 45 de la Ley 110 de 1912 concebido, se repite, en los mismos términos que el artículo 878 del antiguo Código Fiscal de 1873.

"Por otro lado el Decreto Extraordinario 2420 de 1968, expedido en virtud de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente por la Ley 66 de

1957 y que creó el *"Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables (Inderena)"*, le dió a éste una serie de funciones que sólo él podía desarrollar.

"Así, el artículo 23 del citado Decreto dispuso que el Instituto, entre otras funciones, tendría las de:

"b) Delimitar, reservar y administrar las áreas que se consideren necesarias para la adecuada protección de las aguas, los bosques, los suelos y la fauna, y autorizar la sustracción de zonas dentro de estas reservas;

"c) Adelantar las actividades y obras necesarias para la mejor conservación y desarrollo de los recursos naturales renovables;

"d) Realizar directamente el aprovechamiento de recursos naturales renovables, con miras a la demostración de sistemas técnicos y reservar y administrar las áreas que presenten condiciones especiales de fauna, flora, paisaje o ubicación, con fines científicos, educativos, recreativos o estéticos.

" .....

"g) Reglamentar la ocupación de las playas marítimas, fluviales y lacustres. El Instituto coordinará estas actividades con el Ministerio de la Defensa Nacional, el Ministerio de Obras Públicas, los demás organismos estatales que tengan ingerencia en cada caso".

"Y el artículo 24 es del tenor siguiente:

"Declaración de zonas de reserva nacional.

" Las resoluciones sobre declaración de zonas de reserva nacional que se dicten en desarrollo de las funciones encomendadas al Instituto y las que autoricen la sustracción de zonas de la reserva, requerirán para su validez la aprobación del Gobierno Nacional".

"Es cierto que el *Inderena* sólo asumió 'plenamente el ejercicio de sus funciones' el 1o. de Enero de 1969 (artículo 25 del mencionado Decreto) y la Resolución No. 206 lleva fecha de 16 de diciembre de 1958; pero sabido es también que la Resolución no podía producir efecto alguno sin la aprobación del Gobierno Nacional y ésta sólo fué impartida el 24 de febrero de 1969, lo cual entraña una violación manifiesta del Decreto 2420 de 1968, por cuanto en el resto del articulado de la Resolución 206 se toman medidas atribuídas exclusivamente a *Inderena.*

"No sobra agregar que los artículos 2 a 11 de la Resolución del *Incora* son consecuencia y desarrollo del artículo 1o. de la misma y por tal razón habrá de accederse en su totalidad a lo solicitado por el demandante".

Más o menos con los mismos argumentos fue confirmada aquella providencia por la *Sala de Decisión* en auto de 10 de noviembre de ese año.

Debe tenerse en cuenta que en cuanto al concepto de "poblaciones organizadas" hay quienes sostienen que "son las que han sido objeto de disposiciones especiales y que no se distinguen de lo que ahora se denomina colonizaciones dirigidas".

Esto es verdad, pero tal afirmación no puede hacerse en una forma general y absoluta. En ocasiones el legislador con el objeto de aumentar la población y colonizar determinadas zonas del territorio nacional ha dictado disposiciones tendientes a fomentar y estimular la iniciativa particular y así se crearon algunos núcleos o poblaciones. Pero en otros casos (y estos constituyen la mayoría) las poblaciones y ciudades de Colombia se formaron por iniciativa particular y para satisfacer las necesidades de grupos humanos que por razones económicas o de cualquier otra índole se instalaban en determinadas regiones del país. Frente a esta realidad sociológica y de hecho el Estado se vio en la necesidad de dar una organización política, administrativa, judicial y electoral a aquellos conglomerados humanos. Este es un nuevo tipo de población organizada. Si se pretendiera hacer una enumeración de estos últimos casos, la lista se haría interminable; la mayoría de las poblaciones de Caldas, Risaralda, Quindío, Tolima, Boyacá, etc. se formaron así. Si pudiera hacerse una lista comparativa de las poblaciones organizadas o colonizaciones dirigidas con el segundo tipo de poblaciones organizadas, es indudable que el número de las primeras sería infinitamente menor al de las segundas.

Tal es el caso del Archipiélago de San Andrés y Providencia en donde la misma Resolución acusada reconoce la existencia de una población organizada desde el año de 1629. Por otro lado y como se dejó dicho al transcribir el auto de suspensión provisional, desde los primeros albores de la República se dictaron normas de orden político, administrativo, judicial y electoral que no reflejaban nada distinto al reconocimiento y aceptación de una población organizada en el citado Archipiélago.

Es del caso anotar ahora que durante la diligencia de inspección judicial realizada por el Consejo de Estado a solicitud de la parte actora se pudo verificar que ya desde el año de 1849 se registraron escrituras públicas en San Andrés y que por lo menos desde aquella época existía toda una organización política, administrativa y judicial en el Archipiélago (Fls. 152 a 156 y 159). Obran en el expediente igualmente escrituras públicas extendidas ante la Notaría de Circuito de Providencia, escrituras registradas en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de San Andrés y Providencia en los años de 1890, 1918 y 1919 (fls. 148, 147 y 145).

Afirma el apoderado del *Incora* que no puede entender "que por razón del artículo 878 del Código Fiscal de 1873, en las Islas marítimas ocupadas por poblaciones organizadas no pueden existir baldíos". En concepto de la *Sala* sí pueden existir, pero no en la forma general como está concebida la Resolución 206, ya que ésta declara como baldío todo el territorio del Archipiélago. Y como en la citada Resolución no se delimitaron las zonas que pudieran considerarse como baldíos y no existen elementos de juicio para ello con el objeto de modificar las Resoluciones acusadas, se impone anularlas en su totalidad como en varias ocasiones lo ha hecho el Consejo de Estado cuando se viola el inciso 3o. del artículo 1o. de la Ley 200 de 1936.

Afirma por otra parte el mismo apoderado que "El hecho de que se pruebe que existía población organizada por la época en que se expidió el primer Código Fiscal de la Nación (1873), no alcanza a tener el mérito de demostrar que los bienes hubieran salido del patrimonio del Estado. Para demostrar esto último, es necesario el título originario que no hubiere perdido su eficacia legal de acuerdo con lo previsto en el artículo 3o. de la Ley 200 de 1936 y el artículo 11 del Decreto 59 de 1938".

Esta afirmación no es exacta. Son dos los casos exceptivos que trae el art. 45 de la Ley 110 de 1912 como claramente se dejó expresado en el auto de suspensión provisional, y se repite lo que en aquella ocasión se dijo:

> "Es cierto que el artículo 45 del actual Código Fiscal (lo mismo que el 878 del derogado Código de 1873) reputa como baldíos 'las Islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado', pero consagra además dos situaciones distintas de excepción:
>
> "1a. Que no estén ocupadas por *poblaciones organizadas* (el subrayado es de la Sala); y,
>
> "2a. Que no estén apropiadas por particulares en virtud de título traslaticio de dominio".

"De la transcripción hecha anteriormente se concluye que el *Incora* sólo tuvo en cuenta la segunda de las situaciones de excepción, con prescindencia absoluta de la primera.

El caso que se cita en el alegato de conclusión a que se viene haciendo referencia en relación con la sentencia proferida el 13 de mayo de 1965 por el Tribunal Superior de Cartagena es completamente distinto al que aquí se viene estudiando, porque, se repite, el argumento para anular las Resoluciones acusadas radica en que la declaratoria de baldío se hizo sobre Islas marítimas en donde con mucha anterioridad a la vigencia del Código Fiscal existía una población organizada, hecho éste que el mismo Instituto

Colombiano de la Reforma Agraria reconoce y que además puede calificarse de un "hecho notorio".

Finalmente si no existe titulación hoy en día, ello se debe al incendio de las dependencias oficiales en donde funcionaban la Oficina de Registro, la Notaría y los Juzgados tal como lo manifestaron en el curso de la inspección judicial el señor Alcalde de San Andrés y los señores Registrador de Instrumentos Públicos y Notario de la misma localidad.

Por las razones expuestas, el *Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera –*, oído el concepto de su inmediato colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Son nulas las Resoluciones No. 206 de 16 de diciembre de 1968 proferida por la Junta Directiva del *Instituto Colombiano de La Reforma Agraria* y la Resolución No. 058 de 24 de febrero de 1969 por medio de la cual el Gobierno Nacional impartió su aprobación a la primera.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Carlos Portocarrero M. – Alfonso Castilla Saiz – Osvaldo Abello Noguera – Gabriel Rojas Arbelaez.

Victor M. Villaquirán M.
Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Ref. Expediente No. 1070.
Actores: Jairo Gutiérrez, Claudius O, Niell, Roowell Morgan B., Walter Corpus, Bernardo O. Howard N., Woodrow W. Bowie y otros.

LA NOCION DE "POBLACIONES ORGANIZADAS" EN EL CODIGO FISCAL

Si la providencia sobre suspensión provisional fue ilegal, también lo es la decisión definitiva, pues que la situación procesal no ha cambiado, y ambas se han limitado a acoger el capcioso concepto del actor sobre el alcance del acto de aprobación y sobre lo que ha entendido la Ley por "Poblaciones Organizadas". Los dos puntos fueron objeto de consideración suficiente en el Salvamento de Voto originado en el primero de esos proveídos, para que ahora baste reproducirlo en relación con el fallo.

Era de esperarse que en éste se esclareciera debidamente el por qué en el numeral 4o. del artículo 858 del Código Fiscal de 1873, precepto que substancialmente es igual al contenido en el ordinal b) del artículo 45 de la Ley 110 de 1912, se excluye de la calidad de baldíos a las islas "ocupadas por poblaciones organizadas, o por poblaciones particulares con justo título". Es porque en uno y otro caso se trata de tierras que han salido del Estado: en el primero con una destinación colectiva, y en el segundo con una destinación particular. Pero la exclusión no se produce por el hecho simple de que un núcleo humano haya sido objeto de legislación y administración, lo que debe ocurrir necesariamente en los dos casos que contempla la Ley, y lo que indica que no es por esto por lo que algunas poblaciones se denominan "organizadas". La expresión además parece registrar antecedentes. Pueblos Organizados eran, según Pierre Riché (Invasiones Bárbaras), aquellos grupos de bárbaros que Roma instalaba en tierras destinadas para el efecto, cuando su política fue la de domesticar y no combatir a esa gente andariega y belicosa.

Se trata entonces de hechos cuya demostración era precisa.

Se dijo en el Salvamento de Voto producido con motivo de la Suspensión Provisional:

> "En Derecho Administrativo especialmente es el actor quien determina para el Juez la materia del proceso. El señala las disposiciones quebrantadas y expresa el concepto de la violación, fijando así términos al campo de la especulación judicial. Esto es de consentimiento general, resulta de la Ley normativa del procedimiento conforme al cual ejercen sus facultades los Tribunales encargados de conocer de las

contenciones que se presentan con la administración pública, y es la inveterada tesis del Consejo de Estado.

"En el juicio No. 1070, en que son actores los señores Jairo Gutiérrez, Claudius, O, Niell, Rodwell Morgan, Walter Corpus, Bernardo O. Howard, Woodrow W. Bowie y otros, la tesis fundamental del demandante es que las tierras de las islas de San Andrés y Providencia no son ni han sido baldíos, por haber estado ocupadas por "poblaciones organizadas", y éllo según las disposiciones de los artículos 878 del Código Fiscal de 1873 y 45 del Código Fiscal de 1912. A tal tesis el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria opone la antítesis formulada así:

"El hecho de que se demuestre que existía población organizada por la época en que se expidió el Código Fiscal de la Nación (1873) no alcanza a tener el mérito de demostrar que los bienes hubieran salido del patrimonio del Estado. Para demostrar esto último es necesario el título originario expedido por el Estado que no hubiera perdido su eficacia legal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3o. de la Ley 200 de 1936 y el art. 11 del Decreto 59 de 1938".

"Eso impone, entonces, estudiar la tesis y la antítesis, procurando hallar, como resultado de la confrontación de esos extremos, la exactitud de alguno de éllos... o la síntesis... u otra tesis, pero sin que pueda extralimitarse el campo que ha determinado el actor.

"Concepto de Población Organizada"

"En concepto del demandante debe entenderse por Poblaciones Organizadas aquellas hasta las cuales han alcanzado las medidas legislativas, de lo que se deduce, a contrario *sensu*, que nuestro Legislador ha concebido núcleos humanos existentes en el Estado, pero marginados de la legislación, ausentes de la Comunidad y a extramuros de los Poderes Públicos.

"Sostiene el actor que con respecto a la Isla de San Andrés y Providencia se ha legislado desde 1821, siendo objeto élla, unas veces con el carácter de Cantón, y otras como Territorio, Provincia o Intendencia, de abundantes preceptos de índole administrativa y legislativa en materias varias como la política, judicial, electoral, etc., lo que según aquél constituye el carácter de Población Organizada a que se refieren los Códigos Fiscales de 1873 y 1912. En la demanda se hizo extensa relación de estatutos, de la que pueden recordarse los siguientes: Ley de 8 de Octubre de 1821, Ley de 25 de Junio de 1824, Decreto de 27 de Agosto de 1824, Ley de 11 de Mayo de 1825, Ley de 22 de Marzo de 1826, Ley de 11 de Mayo de 1828, Decreto de 17 de Octubre del mismo año, Ley de 10 de Mayo de 1846, Ley de 28 de Abril de 1847, Decreto de 18 de Octubre de 1849, Ley de 22 de Junio de 1859, Decretos de 24 de Junio y Diciembre 6 del mismo año, Decretos de 30 de Enero de 1851 y de 19 de Octubre de 1852, Decretos de Marzo 3 y 26 de Agosto de 1856, Ley de Abril 8 de 1959, Decreto de 16 de Octubre de 1861, Ley 42 de 1864, Ley de 29 de Junio de 1868, Decreto de 22 de Julio del mismo año, Ley de 16 de Enero de 1869, Decreto de 12 de Abril del mismo año, Ley de 25 de Abril de 1871 y Decreto de 17 de Agosto de 1872.

"No controvierte la parte opositoria el hecho anteriormente enunciado; ni discute –explícitamente al menos, y según lo indica el párrafo de su alegación antes transcrito, el concepto que de la expresión "Poblaciones Organizadas", contenido en los artículos 878 del Código Fiscal de 1873 y 45 del Código Fiscal de 1912, se expresa en la demanda. Lo que élla enfáticamente sostiene es que no obstante esas Poblaciones Organizadas, tomadas éstas en la acepción del actor, y que el opositor parece compartir, no se puede aceptar que las tierras hayan salido del patrimonio del Estado, y que esto último sólo podría comprobarse con la presentación del título originario, título que no hubiera perdido su eficacia legal, de acuerdo con lo ordenado en los artículos 3o. de la Ley 200 de 1936 y 11 del Decreto Reglamentario No. 59 de 1938. En abono de sus asertos y pretensiones la parte demandante ha traído a cuento jurisprudencias, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia; pero ninguna de éllas es pertinente porque, si bien se afirma allí la regla de los artículos 878 y 45 de los Códigos antes citados, referente a que se reputan baldíos las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado, no se estudian, porque no estaba planteado el caso, las excepciones que los mencionados textos contienen. La regla dice:

"Se reputan baldíos y, por consiguiente, de propiedad nacional, las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado".

Y las excepciones son éstas:

"1. No son baldíos las islas que estén ocupadas por Poblaciones Organizadas.

"2. Tampoco lo son las que sean propiedad de particulares, en virtud de título traslaticio de dominio".

"De esta manera lo que interesa determinar es en qué caso se trata de una excepción, pues donde se halle configurada alguna, no cabe duda de que las tierras no son baldíos, así se trate de una isla marítima. No todas las islas se reputan baldíos, sino sólo las que no estén ocupadas por Poblaciones Organizadas, o que no hayan sido apropiadas por particulares en virtud de un legítimo título traslaticio. Son dos hechos distintos, a los que corresponde prueba distinta, y que según los términos de la Ley plantean la alternativa siguiente: u ocupación colectiva o apropiación particular. Son dos extremos que contrapone el texto legal, y de los cuales corresponde el primero a un ente formado por una pluralidad de personas, y el segundo a una persona singular, y en cada uno de los cuales la presunción no opera, dándose, claro está, la circunstancia de la "organización" respecto de aquél, y con relación a éste, el título originario. Resulta así que si de lo dispuesto en los artículos 878 de la Ley 106 de 1873 y 45 de la Ley 110 de 1912, se pretende erigir una regla, es imposible hacer ésto sin tener en cuenta las excepciones que allí mismo se establecen, excepciones que necesariamente hay qué trasladar a lo prescrito en el artículo 107 de la última Ley citada. Se dice en ésta que "Constituyen la reserva territorial del Estado, y no son enajenables: a)..... b). Las islas nacionales de uno y otro mar de la República, y las de los ríos y lagos, de que trata el aparte c) del artículo 45". Pero, como la reserva no puede comprender sino tierras baldías, se sigue ineludiblemente que aquellas que no lo son no puedan ser reservadas.

"Lo que no aparece exacto, y por lo mismo exento de duda, es que por "Población Organizada" deba entenderse aquella que es objeto de las medidas y previsiones estatales, pues es obvio que la función del Estado no es otra que la de regir y organizar la población. La noción de Sociedad Política es incompatible con los conceptos de población sin leyes y de sociedad sin organización; y de este modo Poblaciones Organizadas lo son todas, pues nadie, al menos teóricamente, puede vivir al margen de la Ley. Aun los pueblos indígenas han sido entre nosotros objeto de abundante legislación en todos los tiempos, a partir de los inmediatos a la conquista española.

"Desde la Ley 70 de 1866 se conocía ya el precepto llevado luego al artículo 878 de la Ley 106 o Código Fiscal de 1873. Decía el artículo 4o. de aquélla:

"Se reputan igualmente baldíos de propiedad nacional los terrenos de las islas de uno y otro mar que no estén ocupadas por poblaciones organizadas, o con justo título por pobladores particulares".

"Aquí, en este ordenamiento, es más claro aún el contraste entre ocupación colectiva y ocupación particular; y como los pobladores particulares no eran sujetos "extra legem", sino también súbditos del mismo Estado, esto relieva el concepto de que la expresión "Poblaciones Organizadas", no podía significar solamente gentes sometidos a leyes, sino que se refería a una categoría especial de población que, además de estar sujeta a la legislación general, recibía el especial tratamiento de unas regulaciones particulares dirigidas a una finalidad especial. Indudablemente que las "Poblaciones Organizadas" de que hablan la Ley 70 de 1866 y los Códigos Fiscales de 1873 y 1912 era los que ahora se denominan "Colonizaciones Dirigidas".

"En la Legislación del siglo pasado es apreciable la preocupación por remediar el vacío de población y aprovechar vastas regiones inexplotadas. Aumentar la población y colonizar fueron entonces empresas de primer orden del Estado, y surgiendo así la figura o categoría de las "Poblaciones Organizadas", expresión que significa sin duda alguna un miramiento especial para nuevas poblaciones resultantes de una actividad de fomento. En la Ley de 6 de Mayo de 1834, a que hacen especial alusión don Miguel Antonio Caro y don Juan Pablo Restrepo, en el Informe de Comisión que como Consejero de Estado rindieron el 14 de Abril de 1888, se hace muy patente aquel empeño. Dice esa Ley:

"El Senado y la Cámara de Representantes de la Nueva Granada, reunidos en Congreso,

"TENIENDO EN CONSIDERACION:

"1. Que es de la más alta importancia procurar la población de los extensos desiertos que separan las provincias del Estado, y en muchas partes los Cantones de unas mismas provincias, en donde resultan grandes embarazos para su administración, comercio y relaciones recíprocas;

"2. Que fomentándose el establecimiento de poblaciones en los baldíos, se da éstos un considerable valor y se facilitan al propio tiempo medios de subsistir a la parte laboriosa y desgraciada de la sociedad que, por falta de empresas no encuentra ocupación,

"DECRETAN:

"**Artículo 1o.** Cuando algunos individuos quieran establecerse en parajes desiertos o baldíos, a propósito para el establecimiento de nuevas poblaciones, el Poder Ejecutivo podrá conceder, con tal objeto, hasta doce mil fanegadas de tierras baldías por cada población.

Artículo 2o. A cada cabeza de familia se podrán asignar hasta sesenta fanegadas, en atención a sus recursos y al número de su familia; pero bajo ningún pretexto se darán tierras a individuos que no fijen su residencia en las nuevas poblaciones.

"..... .....

"En los artículos siguientes se establece a favor de los nuevos pobladores las exenciones del diezmo eclesiástico por veinte años sobre plantaciones, sementeras y productos de agricultura y ganadería, y se dispone que dichos pobladores están exentos del alistamiento para servir en el Ejército, y que "no podrán ser obligados a desempeñar empleos concejiles que no sean de su distrito parroquial".

"En todo caso, de lo ordenado en la citada Ley de 6 de Mayo de 1834, se comprende que el fomento de "nuevas poblaciones", o las "Colonizaciones Dirigidas" de que vino a hablar la Ley 135 de 1961, era entonces lo que ahora se llama un Propósito Nacional. Ese propósito se manifiesta luego en numerosas disposiciones, entre las cuales puedan citarse las siguientes:

"a) El Decreto de 17 de Junio de 1844 (No. 1573 de la Codificación), en cuyo artículo primero se dispuso:

"A cada una de las cabezas de familia que se establezcan en terrenos desiertos o baldíos que sean aptos para erigir o fomentar nuevas poblaciones en la Provincia de Casanare, se le podrá asignar hasta cien fanegadas de tierras baldías".

"b) El Decreto de 28 de Agosto del mismo año de 1844 (No. 1584 G. de la Codificación), que en su preámbulo y artículo primero dijo:

"DECRETO
(agosto 28)

por el cual se conceden 12.000 fanegadas de tierras baldías para una nueva población en el Cantón de Cartago.

PEDRO ALCANTARA HERRAN, PRESIDENTE DE LA NACION GRANADINA,

visto el informe de la gobernación del Cauca de 7 del corriente, en que se demuestra la conveniencia de establecer una nueva población en las montañas desiertas y baldías que median entre la parte poblada del Cantón de Salamina, de la Provincia de Antioquia, y la del Cantón de Cartago, en la Provincia del Cauca,

"DECRETA:

"Artículo 1o. Concédense doce mil fanegadas de tierras baldías para la formación de una nueva población en las inmediaciones del río San Eugenio, en el cantón de Cartago. La nueva población se denominará Cabal, y con el caserío de Pindaná formará una viceparroquia denominada Quimbaya, dependiente del distrito parroquial de Cartago.

"Vienen después los artículos en que la "Organización" se completa con disposiciones como las sobre señalamiento de terreno para iglesia parroquial, plaza pública, casa consistorial, escuela y cárcel; sobre obligaciones y exenciones de los pobladores, y sobre las consideraciones que se deben tener en cuenta para la designación del paraje cabecera de la población. Se dispone a este respecto:

"1. Que la población quede en un punto por donde deba pasar el camino principal que ha de poner en comunicación directa los Cantones de Salamina y Cartago.

"2. Que el punto no sea insaluble, que tenga buenas aguas y que sea bien ventilado

"3. Que haya en sus inmediaciones los materiales necesarios para la construcción de edificios".

"c) El Decreto de 30 de Abril de 1849, por el cual se concedieron a los pobladores del Distrito Parroquial de Cabal, en la Provincia del Cauca, doce mil fanegadas más de tierras baldías, sobre las doce mil que poseían con arreglo a la Ley 7a., parte 5a. tratado primero de la Recopilación Granadina.

"En la Constitución de 1863 se renovó aquel propósito, y como se trataba ya del Régimen Federal, se prescribió en el artículo 78:

"Serán regidos por una *Ley especial* los territorios poco poblados, u ocupados por tribus de indígenas, que el Estado o los Estados a que pertenezcan consientan en ceder al Gobierno General *con el objeto de fomentar colonizaciones y realizar mejoras materiales*".

"Es imposible legalizar la anarquía.

"De lo dicho anteriormente parece resultar que las "Poblaciones Organizadas de que hablan algunas Leyes son las que han sido objeto de disposiciones especiales, como

las de las Leyes Especiales a que se refería el texto constitucional antes transcrito, encaminadas a incrementar la población, conjuntamente con el progreso en sus varios órdenes; que aquellas constituían unidades de población con específicos caracteres; y que no puede entenderse por tales, las que están simplemente sujetas a las disposiciones comunes, porque esto no ofrece motivo de justificación de ninguna gracia. En cambio, la empresa de colonizar y la intención de no frustar los halagos ofrecidos a los nuevos pobladores, explica que el Estado entendiera en el caso de las islas marítimas, como salidos del patrimonio nacional los terrenos ocupados por Poblaciones Organizadas, o lo que es lo mismo, fomentadas de un modo particular por él mismo.

"El empeño de crear estímulos para aumentar la población, fomentar la riqueza y reducir los "desiertos" de que hablan las Leyes, hacen explicables disposiciones como la contenida en el artículo 3o. de la Ley de 24 de Junio de 1874, en la que, sin parar mientras en la explotación económica, se reconocía la adquisición del derecho de propiedad sobre terrenos baldíos por el mero hecho de "demarcarlos y encerrarlos con cercas firmes y permanentes, capaces de impedir el paso de bestias y ganado". El mismo empeño explica que a ciertos hechos se les diera el valor de título originario para justificar el derecho.

"Si el concepto de "Poblaciones Organizadas" no es el que se ha expresado, sino el de gentes sujetas a la legislación general, no podría ser sino por la existencia de otra categoría de población que sería la desorganizada o anárquica. Y así en el caso de las islas marítimas, y con referencias a los artículos 878 del Código Fiscal de 1873 y 45 del Código Fiscal de 1912, las tierras de esas islas serían baldíos cuando no estuvieran ocupadas por súbditos del Estado (entre los términos "subdito" y "sujeción a las leyes o autoridades" hay sinonimia"); y no lo serían cuando vivieran allí gentes hasta las cuales se hubiera dignado llegar la "declaración de la voluntad soberana" con su carácter general de mandar, prohibir, permitir o castigar. Se trataría de dos conceptos opuestos, surgidos en la mente del Legislador, e institucionalizados los dos. Pero se hace difícil creer que esto haya ocurrido así, porque es imposible legalizar la anarquía.

"Por otra parte la noción de tierra baldía es independiente a que esté poblada o despoblada. Esa noción hace referencia a la propiedad estatal, que excluye la propiedad particular. En cualquier población o ciudad pueden existir tierras baldías; son los baldíos urbanos que han sido objeto de Leyes como la 98 de 1928, la 69 de 1938 y la 137 de 1959. Por lo mismo, con fundamento en el mero hecho, como se acepta en la providencia de que en San Andrés y Providencia haya habido habitantes desde muchos años atrás, no puede infirmarse, a la luz de los preceptos de los Códigos Fiscales de 1873 y 1912, varias veces mencionados, la calidad de baldíos de las tierras de aquellas islas. Si éllas no son baldíos sería por otras razones.

"En qué sentido ha sido la de San Andrés "Población Organizada?

"Hasta dónde San Andrés y Providencia fueron objeto de una legislación especial como las Leyes de que se dió cuenta en otra parte, o simplemente objeto de la legislación común de la República, es punto que en este momento del proceso no

puede estar establecido debidamente, y, que sin estarlo, no puede permitir afirmar que hay una ostensible violación de ordenamientos sustantivos, fundamento de la suspensión provisional de los actos acusados.

"Es cierto que por el artículo 7o. de la Ley de 22 de Junio de 1850 se autorizó al Poder Ejecutivo para que, además de las concesiones de tierras que podía hacer en virtud de las disposiciones generales, adjudicara en propiedad hasta sesenta fanegadas de tierras, baldías a cada una de las familias que se hallaren establecidas entonces, o que se establecieren en lo futuro en San Andrés, el Darién, San Martín, erigidos en Cantones. Y que por la Ley de 4 de Junio de 1868 (No. 3079) de la Codificación) bajo el imperio de la Constitución de 1863 y de la Ley 70 de 4 de Julio de 1866, cuyos artículos 78 y 40 respectivamente, se han transcrito, aceptó la Nación la cesión que le hizo el Estado de Bolívar de los territorios de San Andrés y San Luis de Providencia, con el objeto de "fomentar colonizaciones y realizar mejoras materiales", de que habla la disposición primeramente mencionada, se autorizó al Poder Ejecutivo para hacer la concesión de tierras baldías, y se estableció una reglamentación, completada por el Decreto de 6 de Julio del mismo año, referente a la administración de esos territorios. Pero los textos mencionados no son suficientes a que se puede configurar un concepto con la precisión y rigor que la Ley exige para que sea precedente la suspensión provisional de un acto administrativo.

"Incidencias del Decreto 2420 de 1968.

"Y por lo que se refiere el quebrantamiento del Decreto Extraordinario No. 2420 de 1968 ha de observarse: efectivamente cuando se profirió por el Gobierno Nacional la Resolución No. 058 de Febrero 24 de 1969, aprobatorio de la número 206 de 16 de Diciembre de 1968, expedida por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, ya había entrado en funciones el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables, lo que ocurrió desde el 1o. de Enero del año en curso. En el artículo 24 del Decreto 2420, citado se prescribió:

"Las resoluciones sobre declaración de zonas de reserva nacional que se dictan en desarrollo de las funciones encomendadas al Instituto (el de Desarrollo de los Recursos Naturales renovables) y las que autoricen la sustracción de zonas de la reserva, requerirán para su validez la aprobación del Gobierno Nacional".

"Y el artículo 25 dice:

"El Ministerio de Agricultura y los establecimientos que actualmente vienen cumpliendo, por mandato de la Ley, las funciones encomendadas al Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables, las continuarán ejerciendo hasta el 1o. de Enero de 1969, fecha en que el Inderena deberá asumir (sic) plenamente el ejercicio de sus funciones".

"Pero, no obstante que la Resolución No. 058 de 1969 se hubiera dictado cuando ya se hallaba en funciones el Inderena, eso no afecta a la citada Resolución, ni al acto mediante élla aprobado, que lo fué la Resolución No. 206 de 1968, originaria

de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. De ninguna de esas providencias puede decirse que esté afectada del vicio de incompetencia "ratione temporis". No lo está la Resolución 206, porque cuando se dictó era competente el Incora; y tampoco lo está la Resolución No. 058 porque para proferirla tenía competencia el Gobierno Nacional. A éste no se le fijó término a ese respecto, ni se determinó que la función de aprobar o improbar las declaraciones sobre zonas de reserva nacional y sobre sustracción de zonas de esa reserva, sólo podía ejercitarla el Gobierno cuando se tratara de actos del Inderena, lo que no hubiera sido racional, siendo así que el manejo de esas materias siguió en manos de otras entidades hasta el primero de Enero de 1969 Lo que se estableció fue la supeditación de aquellos actos a la aprobación gubernamental, para la validez u oponibilidad de los mismos. Pero tal aprobación no agrega nada a la perfección intrínseca del acto, y sólo significa el punto de partido de su obligatoriedad.

Por el aspecto que acaba de ser objeto de consideración, tampoco puede hablarse de la ostensible violación de ninguna norma jurídica.

"Son las razones anteriormente expuestas las que me han llevado a considerar que carece de fundamento jurídico la suspensión de las Resoluciones 206 de 1968, dictada por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, y 058 de 1968, proferida por el Gobierno Nacional, y las que me han llevado a separarme de lo que ha estimado la mayoría de la Sala de Decisión,

Gabriel Rojas Arbeláez

Bogotá, D.E., enero veintiuno de mil novecientos setenta y dos.

CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

EMPLEADOS DEL SERVICIO EXTERIOR. *Cómo se liquidan y pagan sus prestaciones sociales?* **El artículo 76 del Decreto 2016 de 1968, dice: "Las prestaciones sociales de los empleados del Servicio Exterior se liquidarán y pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del presente estatuto y salvo lo previsto en el artículo 66". El artículo 12 establece la equivalencia con el Servicio Exterior por ejemplo, para el caso sub–judice, la de Embajador con la de Secretario General del Ministerio. Además, el art. 66 se refiere a las pensiones de jubilación de los empleados de carrera igualándola en su base con las asignaciones de Ministros.**

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D.E., febrero once de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Dr. Nemesio Camacho R.

Ref.: Radic. No. 2963.
Autoridades Nacionales.
Consulta de la sentencia de 3 de diciembre de 1971, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Actor: Lucio Pabón Núñez.

Conoce la Sala en grado de consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de diciembre de 1971, en el juicio que en ejercicio de la acción de plena jurisdicción inició ante dicha Corporación el doctor *Lucio Pabón Núñez,* con el objeto de obtener las siguientes declaraciones:

> "**Primero.** Que es nula la Resolución No. J- 5860 de 1969 (octubre 21) proferida por la Caja Nacional de Previsión, por medio de la cual se reconoció a mi mandante un auxilio definitivo de cesantía y se ordenó una deducción por cuota de afiliación, y
>
> "**Segundo.** Que como consecuencia de la nulidad declarada por ilegalidad del acto administrativo acusado, se condene a la Caja Nacional de Previsión, representada por su actual Director General, Dr. Carlos Agusto Gutiérrez, mayor de esta vecindad, a reconocer y pagar el auxilio de cesantía a que tiene derecho el doctor Lucio Pabón Núñez, haciendo las deducciones por aportes correspondientes al cargo equivalente dentro del servicio interior de 1 Ministerio de Relaciones Exteriores, de conformidad con los siguientes hechos".
>
> Los hechos en que se basa la demanda, son los siguientes:
>
> "1. El doctor Lucio Pabón Núñez prestó servicios al Estado, Ministerio de Relaciones Exteriores, como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de

Colombia ante el Gobierno de Argentina, desde el 1o. de octubre de 1967 hasta el 6 de junio de 1969, fecha en que le fue aceptada la renuncia;

"2. En el cargo a que se refiere el hecho anterior, el doctor Pabón Núñez devengaba como sueldo la suma mensual de US$1.500.oo y por Prima de Navidad en el año de 1968 recibió la suma de US$1.500.oo;

"3. Como afiliado forzoso a la Caja Nacional de Previsión el Doctor Pabón Núñez debía descontársele de su sueldo el 5o/o como aporte periódico con destino a la citada entidad de Previsión y la tercera parte de un sueldo como cuota de afiliación a la misma entidad;

"4. El señor Pagador del Ministerio de Relaciones Exteriores cumplió con la obligación de deducir el 5o/o del sueldo correspondiente al doctor Pabón, no así con la de descontarle la cuota de afiliación, para la cual solamente dedujo la suma de $500.oo (pesos col), de conformidad con certificaciones que obran dentro del expediente.

"5. Cuando el Dr. Pabón Nuñez solicitó a la Caja Nacional de Previsión el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía correspondiente a los servicios prestados como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario ante el Gobierno Argentino, la mencionada Caja dictó la Resolución No. J–5641 de 1969 (octubre 8) por medio de la cual le reconoce una cesantía de $11.340.29, de la cual ordena deducirle las sumas de $4.926.67 por cuota de afiliación de $3.315.oo por exceso de cobro entre pensión y sueldo.

"6. Posteriormente la Caja Nacional de Previsión, por medio de la Resolución No. J–5860 de 1969 (octubre 21) revocó en todas sus partes la Resolución a que se refiere el hecho anterior, en razón de que se comprobó que la deducción por exceso de cobro entre sueldo y pensión no correspondía a la realidad y que ese exceso era únicamente de $495.oo que el doctor Pabón había reintegrado por intermedio del Banco Grancolombiano; por tanto mediante esta Resolución se reconoció a mi poderdante un auxilio de cesantía en la suma de $11.340.29, de la cual le deducen $4.926.67 por cuota de afiliación y $495.oo por exceso en el cobro de pensión y sueldo, para una cesantía líquida de $5.918.62;

"7. Para hacer la deducción por cuota de afiliación la Caja Nacional de Previsión convierte el sueldo del Dr. Pabón a pesos colombianos al cambio de $15.40, es decir, parte de la base de que mi poderdante devengaba mensualmente la suma de $23.100.oo y sobre esta calcula lo que debe por cuota de afiliación;

"8. De la Resolución No. J–5860 de 1969 se notificó al Dr. Pabón Núñez mediante memorial de fecha noviembre 29/69, es decir, que se halla ejecutoriada y la vía gubernativa agotada".

Considera el actor que con el acto administrativo acusado se violó el artículo 76 del Decreto 2016 de 1968, que dice:

"Las prestaciones sociales de los empleados del Servicio Exterior se liquidarán y pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del presente estatuto y salvo lo previsto en el artículo 66".

El artículo 12 establece la equivalencia con el Servicio Exterior por ejemplo, para el caso sub–júdice, la de Embajador con la de Secretario General del Ministerio. Además, el art. 66 se refiere a las pensiones de jubilación de los empleados de carrera igualándole en su base con las asignaciones de Ministros.

De conformidad con el art. transcrito, las prestacios sociales de los empleados del Servicio Exterior, se liquidan y pagan de acuerdo con la asignación equivalente en el cargo del Servicio Interno, del ramo de relaciones Exteriores.

Considera el aquo que esta disposición debe interpretarse en el sentido de que la liquidación y pago de prestaciones sociales, de empleados del servicio de relaciones exteriores se hace en pesos colombianos con referencia a la equivalencia en el Servicio Interno, y por lo mismo, si existieren cuotas de afiliación o periódicas insolutas debe en el momento de operarse la liquidación y pago, descontarse con referencia al sueldo del cargo del servicio interno del Ministerio de Relaciones que es obviamente, en pesos colombianos. Por consiguiente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda en los siguientes términos que comparte la Sala:

"1. Declárase la nulidad de la resolución No. J–5860 del 21 de octubre de 1969 proferida por la Caja Nacional de Previsión Social.

"2. Como consecuencia de la anterior nulidad, se condena a la Caja Nacional de Previsión, a reconocer y pagar el auxilio de cesantía a que tiene derecho el actor en su calidad de Embajador, efectuando la deducción por cuota de afiliación con base en el cargo equivalente dentro del servicio interior del Ministerio de Relaciones Exteriores, es decir, sobre $6.500.oo y sin efectuar ninguna deducción por concepto de exceso de cobro simultáneo de sueldo y pensión.

"3. Se dará cumplimiento a las anteriores declaraciones dentro del término de treinta (30) días, establecido por el artículo 121 del C.C.A".

En mérito de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 3 de diciembre de 1971.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Se deja constancia que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda, en sesión celebrada el día 11 de febrero de 1972.

Alvaro Orejuela Gómez – Nemesio Camacho Rodríguez – Eduardo Aquilar Vélez – Rafael Tafur Herrán.

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

OFICINA DE REGISTRO DE CAMBIOS DEL BANCO DE LA REPUBLICA

INVERSIONES EXTRANJERAS. Regímenes de libertad y de control cambiarios. Registro de las inversiones de capital. Requisitos para el tratamiento preferencial de las licencias no reembolsables. Criterios para el estudio de las solicitudes de inversión de capitales extranjeros.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., febrero diez y seis de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández.

Expe. No. 1443
Fallo.

(Aprobada en sesión del cuatro de febrero de mil novecientos setenta y dos).

Las sociedades *"The National Cash Register Company of Colombia S.A."*, con domicilio en la ciudad de Bogotá y constituída conforme a la ley colombiana y *"The National Cash Register Company"*, con domicilio en la ciudad de Dayton, Ohio, Estados Unidos de América, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción que establece el artículo 67 del C.C.A., en demanda presentada al Consejo de Estado pide que se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera**. Que son nulos por cuanto violan disposiciones de orden superior, los actos dictados por la Oficina de Registro de Cambios del Banco de la República, contenidos en los oficios OCB–E 1285 del 4 de marzo de 1969 del Director de la Oficina de Cambios del Banco de la República, y OCB–J 2353 del 2 de marzo de 1970, del mismo funcionario, notificado este último el día 2 de abril de 1970, en cuanto se niega en ellos el registro de las inversiones de capital hechas por la sociedad extranjera *The National Cash Register Company* de Dayton, Ohio, en la sociedad anónima colombiana *The National Cash Register Company of Colombia S.A.* por valor de un millón doscientos diecinueve mil cuatrocientos sesenta dólares con sesenta y ocho centavos de dólar (US$1.219.460.68) moneda de los Estados Unidos de América. (Anexos números uno y dos).

Segunda. Que mis poderdantes, las sociedades *The National Cash Register Company of Colombia S.A.* y *The National Cash Register Company* de Dayton, Ohio, Estados Unidos de América, sean restablecidos en su derecho y se les permita, por consiguiente, registrar el capital importado por la segunda de ellas para suscribir y pagar acciones de la sociedad colombiana.

Tercera. Que como consecuencia de la petición anterior las sociedades que represento sean restablecidas en su derecho de giro al exterior, en divisas extranjeras

el valor de los dividendos y utilidades causados y aún no pagados por la sociedad colombiana a la sociedad extranjera que es su accionista.

Cuarta. Que se ordene autorizar el giro de los dividendos y utilidades mencionadas anteriormente según el valor o tasa de cambio vigente en la época en que tales giros han debido hacerse y que no pudieron hacerse en razón de la negativa a registrar el capital importado, para lo cual el H. Consejo de Estado ordenará afectar la cuenta especial de cambios. La anterior petición la hago teniendo en cuenta que la posible diferencia en las cotizaciones de los dólares americanos causará grave perjuicio a mis poderdantes, y

Quinta. Que se autorice a mis poderdantes a girar el exterior y en el futuro, en divisas extranjeras, las utilidades que obtengan, correspondientes a las inversiones de capital hechas en el país por *The National Cash Register Company* de Dayton Ohio, Estados Unidos de América y hasta la cuantía autorizada por la ley".

Los hechos:

De acuerdo con la relación que hace el actor, los hechos que sirven de fundamento a la demanda pueden sintetizarse así:

1. La sociedad colombiana *The National Cash Register Company of Colombia S.A.*, constituída por escritura pública número 1630 del 14 de abril de 1962, otorgada en la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá, de la cual es accionista principal la sociedad estadounidense *The National Cash Register Company*, acogiendose a lo que establece en el artículo 10o. de la ley 1a. de 1969, y previas las respectivas autorizaciones dadas por la Superintendencia Nacional de Importaciones, llevó a cabo de 1958 a 1966 varias importaciones de máquinas de contabilidad, registradoras y equipos electrónicos por un valor total de US$1.221.651.43.

2. La totalidad de tales importaciones fueron hechas con registros de importación no reembolsables, es decir, sin derecho a comprar divisas oficiales para su pago al exterior, por constituír aportes de capital de la empresa estadounidense en la sociedad colombiana, para lo cual se obtuvo en cada caso, el correspondiente permiso de la Superintendencia de Sociedades Anónimas para aumentar el capital, aumentos que fueron debidamente elevados a escritura pública.

3. Pese a la libertad cambiaria entonces existente para las inversiones extranjeras en el país, que permitía el giro al exterior tanto del capital como de las utilidades a través del mercado de dólares libres sin ninguna limitación, régimen que subsistió en el país hasta la expedición del decreto 444 de 1967 que estableció el Control de Cambios, la sociedad importadora no giró al exterior ni el valor de las importaciones ni las ganancias obtenidas en la

comercialización de los bienes, valores que permanecen en Colombia como capital de la sociedad y utilidades acumuladas.

4. A raíz de la expedición del Decreto 444 de 1967, la sociedad demandante solicitó a la Oficina de Cambios el registro del capital extranjero invertido por la sociedad extranjera, solicitud que les fué negada, según consta en el oficio número OCB–E– 1285 de 4 de marzo de 1969. Mediante oficio número OCB–J 2353 de marzo 2 de 1970, por el cual se resolvió el recurso de reposición oportunamente interpuesto contra la decisión inicial, ésta fué confirmada.

Normas violadas y concepto de violación.

El actor considera que la decisión de la Oficina de Cambios del Banco de la República viola los artículos 120, 121, 122 y 259 del decreto 444 de 1967; el artículo 2081 del Código Civil y el artículo 176 del Decreto 2521 de 1950; el artículo 28 de la ley 153 de 1887, así como la Resolución número 9 de 1968 del Consejo Nacional de Política Económica por medio de la cual se reglamentó el registro de capitales extranjeros.

La argumentación del actor en cuanto el concepto de violación gira, principalmente, en torno a la consideración de que las normas contenidas en el Decreto 444 de 1967 y la resolución 9 de 1968, no son aplicables a las importaciones de capital hechas por la sociedad colombiana demandante para efecto de su registro, toda vez que tales importaciones se hicieron bajo el régimen legal que establecía el Decreto 107 de 1957 y las leyes 1a. y 130 de 1959 y llenaron, concretamente, la totalidad de los requisitos que establecía el artículo 10o. de la Ley 1a., de suerte que al aplicarles las normas del estatuto cambiario que estableció el decreto 444 de 1967, y la resolución 9 de 1958 expedida por el Consejo Nacional de Política económica, estas normas resultan violadas por indebida aplicación.

Agrega el actor que las facultades otorgadas por la Oficina de Cambios para calificiar la naturaleza de las importaciones de capital se refieren únicamente a las que se hagan con posterioridad al 22 de marzo de 1967, pero que dicha entidad carece de jurisdicción para calificar capitales extranjeros debidamente importados con anterioridad a su creación, calificación que en su tiempo hizo la Superintendencia Nacional de Importaciones y la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

Así mismo se señala que no obstante aceptar la oficina de cambios que la sociedad colombiana recibió un aporte de capital en especie por parte de la Sociedad extranjera, al no permitirse que esta última reciba los dividendos que le corresponden por no poder ser girados al exterior, se violan los

artículos 2.081 del Código Civil y 176 del decreto 2521 de 1950 que disponen que no hay Sociedad en la que los socios no reciban alguna utilidad en dinero.

Los actos acusados.

Mediante el oficio OCB–E 1285 de marzo 4 de 1969, la oficina de Cambios comunicó a The National Cash Register Of Colombia S.A., que, previo concepto de la Junta Asesora de la entidad, se había negado el registro del capital extranjero invertido en la empresa, por las razones que a continuación se transcriben:

> "La negativa de la inversión inicial por Col. $2.000.000.oo se fundamenta en el hecho de que no se presentaron pruebas sobre su origen extranjero, ni existen documentos probatorios de un registro anterior al 17 de junio de 1967 según mandato de la ley 8a. de 1952, corroborada por los Artículos 119 y 120 del Estatuto Cambiario.
>
> Las inversiones adicionales, posteriores a junio 17 de 1967, tampoco tienen derecho a registro por cuanto el Artículo 1o. de la Resolución No. 9 de 1968 del Consejo Nacional de Política Económica que define en forma taxativa las diferentes modalidades de las inversiones extranjeras, no admite como inversión de capital la importación de productos terminados destinados a la venta, por medio de licencias no reembolsables".

Y, mediante comunicación número OCB–J 2353 de marzo 2 de 1970 la misma oficina niega el recurso interpuesto contra su anterior decisión con fundamento en un muy juicioso análisis jurídico del régimen legal que en materia de inversiones extranjeras ha tenido el país, estudio que llega a la conclusión de que nunca ha existido en el país el derecho a registrar una inversión extranjera para efecto de girar las utilidades y remesar el capital con divisas oficiales, cuando la inversión no está representada en maquinaria y equipos, "sino en productos terminados, bienes de consumo, cosas susceptibles de transacciones comerciales comunes, o productos específicamente para la venta", como es el caso de las máquinas importadas por la sociedad demandante que estaban destinadas a su comercialización directa, de acuerdo con su propio objeto social.

Concepto Fiscal.

El señor Agente del Ministerio Público conceptúa que deben negarse las peticiones de la demanda por considerar ajustadas a la ley las razones jurídicas consignadas en los actos acusados, para negar el registro de la inversión de que da cuenta el presente juicio.

Para resolver se considera:

Como antes se anotó, el estudio adelantado por la Oficina de Cambios para fundamentar su decisión constituye un serio y juicioso análisis de las normas jurídicas que han requido y rigen en la actualidad en materia de inversiones extranjeras. Los principales aspectos de este estudio, que la Sala comparte, pueden sintetizarse así:

1. A partir del régimen de libertad cambiaria que estableció el Decreto 107 de 1967 (artículo 21), hasta la expedición del decreto 444 de 1967, las inversiones extranjeras que se hicieron en el país, se movían por el mercado libre de dólares tanto para el giro de utilidades como para el reembolso del capital, sin que el Estado otorgara ninguna garantía en materia cambiaria y sin que se expidieran actos administrativos para calificar la inversión por oposición al sistema que hoy rige que prevé el registro de la inversión extranjera para efecto del reembolso del principal y el giro de utilidades al exterior, conforme al artículo 115 del decreto 444 de 1967.

2. De conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la ley 1a. de 1969, subrogado por el artículo 11 de la ley 130 de 1959, los requisitos para que la Junta de Importaciones de la Superintendencia del ramo diera un tratamiento preferencial a las licencias no reembolsables –vale decir, aquéllas cuyo valor no se pagaría al exterior con certificados de cambio– que se solicitaran para importar maquinaria y equipo, eran los siguientes:

a) Importación de maquinaria y equipo.

b) Que dicha importación tuviera el carácter de no reembolsable.

c) Que la índole de los equipos y maquinaria se ajustaran a las necesidades del desarrollo.

d) Que la maquinaria y equipo representara la importación de capital extranjero con destino a la suscripción de acciones en sociedades anónimas constituidas en Colombia o en sociedades extranjeras.

e) Que la instalación de la maquinaria o equipo no creara una demanda excesiva de divisas extranjeras para la posterior compra de materias primas y otros elementos foráneos.

Las importaciones hechas por la sociedad demandante no cumplen con el primer requisito por no constituir maquinaria o equipo, sino bienes terminados destinados al comercio. A tal conclusión se llega mediante la aplicación de los artículos 28 y 29 del C.C. en cuanto que no existiendo una

definición legal de lo que debe entenderse por maquinaria y equipo, precisa acudir a su concepto económico según el cual por tal ha de entenderse la maquinaria o equipo que se emplea directamente en la transformación o elaboración de materia prima nacional o extranjera, es decir, se trata de bienes de naturaleza fabril para producir otros bienes. Este criterio de interpretación coincide con la exposición de motivos con que fué presentado a las Cámaras el proyecto que vino a constituir la ley 1a. de 1959, asi como con los conceptos expresados en las ponencias elaboradas por los doctores Carlos Lleras Restrepo, redactor de la ley y Gustavo Arango Escovar.

En cuanto a los fines de desarrollo económico que debian cumplir las importaciones a que alude la ley 1a. de 1959, tampoco se cumplen en el caso de los bienes importados por la National Cash, toda vez que no significan para el país promoción de exportaciones, sustitución de importaciones o creación o ampliación de una industria, lo cual es clara consecuencia de no constituir tales bienes maquinaria o equipo en su sentido económico.

3. De acuerdo con el balance presentado por la National a la Oficina de Cambios y que obra en el expediente administrativo allegado a los autos, la empresa no contabilizó los bienes importados dentro del renglón de activos fijos como correspondía hacerlo si en verdad hubieran representado maquinaria o equipo destinados a la producción de mercancías. Por el contrario, como se trataba de bienes terminados destinados a la venta se acreditaron a capital y se debitaron a inventarios.

4. En conclusión, si bien la firma colombiana recibió un aporte de capital en especie, tal aporte no estuvo constituído por maquinaria o equipo industrial y por tanto, no cumplió las finalidades económicas que a tales importaciones le asignaba la ley 1a. de 1959, estatuto invocado por el actor en sustento de su pedimento.

A más de los anteriores argumentos que la Sala prohija, cabe puntualizar la diferencia que existe entre "importación de capital" e "importación de bienes de capital" para efecto de aclarar algunos de los planteamientos hechos en la demanda en torno a las consecuencias jurídicas que le asigna el actor a las importaciones de capital que le fueron autorizados por la Superitendencia Nacional de Importaciones y los correlativos aumentos de capital de la sociedad colombiana igualmente autorizados por la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

Tanto en la inicial autorización concedida a la National Cash de Colombia por medio de la Resolución número 1794 de 1958 para importar máquina de contabilidad y cajas registradoras (fl. 51 y ss.) como en algunas de las autorizaciones posteriores que en igual sentido confirió la Superintendencia

Nacional de Importaciones (Fol. 54 y ss) se señala que la importación de tales bienes constituyen "aumento de capital", "importación de capital", "aporte de capital" para la empresa colombiana, pero en ninguna de tales autorizaciones se califica a los bienes importados como bienes de capital, es decir, como maquinaria o equipo. De suerte que si bien la empresa obtuvo las autorizaciones pertinentes para aumentar su capital mediante la importación al país de bienes en especie destinados al comercio, en ningún momento existió un pronunciamiento por parte de la Superintendencia de Importaciones o por parte de la Superintendencia de Sociedades Anónimas que calificara tales importaciones como importación de bienes de capital, calidad que, ciertamente, no tienen las mercancías importadas por la actora.

Aplicación del Decreto 444 de 1967.

El artículo 120 del Decreto 444 de 1967, establece que los capitales extranjeros invertidos en el país con posterioridad al 17 de junio de 1957, deberán registrarse en la Oficina de Cambios para continuar girando al exterior utilidades y para su reembolso y el artículo 121 autoriza a la misma Oficina para rechazar una solicitud de registro cuando "no se comprueben suficientemente ante ella la *autenticidad de la inversión* y los datos relativos a su movimiento" (se subraya).

De lo anterior se concluye en forma por demás clara que, contrariamente a lo afirmado en la demanda, la Oficina de Cambios sí tiene competencia tanto para registrar las inversiones de capital hechas con anterioridad a la expedición del decreto 444 de 1967, como para negar el registro en el evento de que la inversión no sea auténtica o cuando no se compruebe suficientemente su movimiento. La Oficina de Cambios por las razones antes enunciadas consideró que la inversión de capital extranjero hecha en la sociedad colombiana no es auténtica desde el punto de vista económico y, por lo mismo, negó el registro.

El Consejo estima que el concepto de autenticidad de una inversión extranjera para efecto de su registro no solo conlleva la simple demostración objetiva de que la inversión realmente se produjo, sino que se precisa que la autenticidad de la inversión pueda predicarse desde el punto de vista económico, con arreglo a las normas que la regían. Precisa, pues, dejar en claro que en el caso de autos y contra lo afirmado en la demanda, la falta de autenticidad desde el punto de vista de las características económicas que debían reunir las inversiones de capital de que se trata, no nace de una pretendida aplicación retroactividad de las normas que sobre el particular establece el Decreto 444 de 1967, sino de la fundada consideración de que las importaciones de bienes hechas por la National de Colombia no reunen las condiciones que la ley 1a. de 1959 establecía para efecto de tenerlas

como maquinaria o equipo industrial. De no ser ello así, la sociedad demandante estaría en condiciones bien distintas para efecto de obtener el registro de los aumentos de capital que en su tiempo llevó a término.

Por lo demás, no sobra anotar que los criterios que deben aplicarse para efecto del estudio de las solicitudes de inversión de capitales extranjeros, de conformidad con el artículo 110 del Decreto 444 de 1967, en substancia son desarrollo del concepto que ya había establecido la ley 1a. de 1959 para efecto de traer al país maquinaria o equipo como importación de capital extranjero con destino a empresas nacionales, al prescribir que tales importaciones debían ajustarse "a las necesidades del desarrollo económico del país".

Este mismo concepto lo acoge y desarrolla el nuevo estatuto al señalar como factores para evaluar una solicitud aspectos tales como la contribución de la inversión al nivel de empleo del país; el efecto neto de la inversión en la balanza de pagos en cuanto implique sustitución de importaciones o aumento de exportaciones; el grado de utilización de materias primas nacionales y de elementos que se fabriquen en el país; etc. etc., todo lo cual son otros tantos factores que determinan que la inversión consulte o no las necesidades del desarrollo económico del país como lo señaló el legislador de 1959.

Violación de derechos adquiridos.

Para descartar este cargo, la Sala estima pertinente hacer alusión a lo que sobre este mismo aspecto dijo en sentencia de 1o. de diciembre de 1971 en el juicio promovido por la sociedad Burroughs de Colombia S.A. En tal oportunidad la Sala se expresó así:

> "En primer lugar, es preciso dejar bien establecido que la sociedad demandante, al vincular al país capitales extranjeros por medio del mercado libre, no tenía derechos adquiridos a que ese mercado rigiera para siempre su inversión. En efecto, en cualquier momento, el Gobierno, por razones de interés público, podía sustituir el régimen de la libertad de cambios por el régimen de control de los mismos, como en efecto lo hizo por medio del decreto 444, sin que nadie pudiera alegar derechos adquiridos a la subsistencia del régimen de la libertad de cambios para regir las inversiones de capital hechas durante él, mayormente si se tiene en cuenta que el Gobierno, al permitir el mercado cambiario libre, no había garantizado ni el reembolso del capital ni la remesa de las utilidades, cuyos riesgos corrían por cuenta del inversionista.
>
> En el caso sub judice, los inversionistas solamente tenían derechos adquiridos a la estabilidad de las situaciones jurídicas consolidadas durante el régimen de la libertad de cambios, como por ejemplo a que se respetaran las remesas de utilidades o los reembolsos realizados antes de la vigencia del decreto 444, pero no tenían derechos

adquiridos a la perennidad del régimen de la libertad de cambio. La empresa demandante y cualquiera otra, al vincularse al país dentro del régimen de la libertad de cambios, corría el riesgo de que ese régimen desapareciera, como en efecto aconteció".

De todo lo anteriormente expuesto, se concluye que los actos acusados no son violatorios de las normas señaladas en la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Devuélvase el expediente administrativo a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Lucrecio Jaramillo Vélez — Jorge Dávila Hernández — Alfonso Arango Henao — Humberto Mora Osejo.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

DIVISION DE IMPUESTOS NACIONALES

IMPUESTO NACIONAL DE TIMBRE A LAS ACCIONES DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS. No es la emisión de acciones la que se tiene en cuenta para liquidar el impuesto de timbre sino el valor nominal de los títulos.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D.E., febrero diez y siete de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía.

Ref. Exp. No. 1909
Autoridades Nacionales
Actor: James W. F. Raisbeck.
Nulidad de la resolución No. R–052–E de 1965 de la División de Impuestos Nacionales.

El ciudadano Dr. James W. F. Raisbeck, demandó la nulidad contra una parte de la resolución No. R–052–E de 14 de junio de 1965 de la División de Impuestos Nacionales. En la demanda se solicitó la suspensión provisional a la cual se accedió en auto de 23 de septiembre de 1971. En la debida oportunidad el actor alegó para reafirmar su petición de que se decrete la nulidad impetrada. Recibida la vista del Fiscal 3o., Dr. Bernardo Ortiz Amaya, el negocio se halla listo para decisión y a ello se procede previas las consideraciones que en seguida se expresan:

El demandante señala como violadas las siguientes disposiciones:

> "a) Decreto 2521 de 1950, artículo 77: "Los títulos definitivos de las acciones suscritas en el acto de constitución, deberán ser expedidos dentro de los 30 días siguientes a la fecha del permiso definitivo de funcionamiento. Los de las acciones suscritas posteriormente, deberán expedirse dentro de los cinco (5) días siguientes a la suscripción".
>
> "En ningún caso se entregarán los títulos definitivos sin que las acciones que representan estén totalmente liberadas".
>
> "b) "Artículo 78: Antes de obtenerse el permiso definitivo de funcionamiento o de liberarse totalmente las acciones sólo podrán expedirse títulos provisionales".
>
> "c) "Artículo 292: Quedan derogados todos los decretos, anteriores al presente, reglamentarios de las disposiciones legales sobre régimen de las sociedades anónimas".

Afirma también el actor que con la disposición que en seguida se transcribe en la parte pertinente se violó, por desvío, el artículo 120 de la Constitución en su ordinal 3o.

El numeral 1o. de la resolución acusada dice así:

"El pago del Impuesto de timbre nacional sobre emisión de acciones de Sociedades Anónimas o En Comandita por acciones, de que trata el numeral 67 del artículo 5o. del Decreto Extraordinario 2908 de 1960 y 3o. de la Ley 24 de 1963, lo efectuarán las respectivas sociedades en la correspondiente Administración o Recaudación de Impuestos Nacionales, dentro de los diez primeros días (10) del mes siguientes a aquel en que se perfeccione la emisión, acompañando relaciones que deberán contener los siguientes datos: a) Fecha de la Emisión; b) Especificación de la acción; nominativa o al portador; c) Número de Acciones de la Emisión; d) Valor nominal de cada acción; e) Cuantía de la Emisión; f) Tarifa aplicable; y g) Valor del impuesto que se va a consignar".

"**Para los efectos de esta providencia, se considera perfeccionada la emisión de acciones de Sociedades Anónimas el día en que se registró la Escritura de Constitución o transformación en Anónima, con base en el número total de las acciones de capital o industria que aparezcan realmente suscritas**; para las acciones en reserva, el día en que la Superintendencia de Sociedades Anónimas conceda el permiso de colocación de que hablan los artículos 69 y 73 del Decreto Reglamentario 2521 de 1950. Tratándose de Sociedades En Comandita por acciones. La emisión se considera perfeccionada el día en que se registró la escritura que ordena el artículo 615 del Código de Comercio Terrestre". (La parte subrayada es la demanda).

Más adelante el actor al dar el concepto de violación dice entre otras cosas lo siguiente:

"b) La resolución que en parte acuso establece (en una de sus partes que no acuso) que el pago del impuesto de timbre nacional sobre la emisión de acciones de sociedades anónimas se efectuarán en la correspondiente administración de impuestos nacionales, *dentro de los 10 primeros días del mes siguiente a aquél en que se perfeccione la emisión".*

"c) Pero en seguida continúa diciendo la Resolución en la parte que sí estoy acusando, que para los efectos de dicha resolución (es decir para efectos del pago del impuesto dicho), *se considera perfeccionada la emisión de acciones en sociedades anónimas el día en que se registró la escritura de constitución o transformación en anónima".*

"d) La anterior definición o afirmación de la División de Impuestos Nacionales (hoy Dirección General de Impuestos) hecha con relación a la emisión que de acciones se hace al constituírse una sociedad, choca ostensiblemente contra el texto claro y diáfano del artículo 77 del Decreto 2521 de 1950 que establece que la emisión de las acciones deberá hacerse dentro de los 30 días siguientes a la fecha del permiso definitivo de funcionamiento".

"e) O sea que si se trata de pagar un impuesto sobre la emisión de acciones nominativas al constituírse una sociedad, es lógico que tal impuesto se deba *una vez*

las acciones hayan sido emitidas tal como lo establece la primera parte de la Resolución R–052–E de 1965, para cuyo fin se debe pagar el impuesto dentro de los primeros 10 días del mes siguiente a ese en el que se emitan las acciones".

"f) Pero si las acciones *no se han emitido* porque la sociedad, en cumplimiento del mandato del artículo 77 del D.R. 2521 de 1950 está esperando la resolución de la Superintendencia de Sociedades que le conceda su permiso de funcionamiento, cómo puede la División de Impuestos Nacionales exigirle a la sociedad que proceda a pagar el impuesto de timbre por la emisión de unas acciones que todavía *no ha emitido?* En gracia de discusión, por ejemplo, la Superintendencia le podría negar el permiso de funcionamiento a la sociedad, y en ese caso la sociedad debería proceder a liquidarse y no emitiría acciones; sin embargo según la parte de la Resolución que estoy acusando, ella habría tenido que pagar ya el impuesto sobre emisión de las acciones que en este ejemplo nunca llegaría a emitir". (Subrayas del demandante)".

El señor Fiscal considera que la disposición en la parte que ha sido impugnada no viola ninguna disposición legal y que por lo mismo no debe accederse a las súplicas de la demanda. La Sala tiene que hacer algunas glosas a sus planteamientos aunque no entrará en el estudio a fondo de toda su vista porque no se considera necesario en razón de los motivos que más adelante se expresarán:

Considera el señor Fiscal que como la sociedad es un contrato que se realiza por escritura pública y en ella debe constar la expresa voluntad de los fundadores de darle vida al nuevo ente jurídico, la escritura pública correspondiente es el medio para darle vida legal a la sociedad, que otra cosa es que dicha voluntad requiera la aprobación de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, pero que esa aprobación se hace para un ente jurídico ya creado "con vida legal propia", cual es, la sociedad constituída por medio de la escritura pública, pero sin la capacidad para ejercer su objeto social por falta de la ratificación que para ello exige la ley, mediante Resolución expedida por el funcionario administrativo competente.

Sobre este punto se observa:

En el decreto 2521 de 1950 vigente cuando se suscitó el asunto que se debate se determinó en los artículos 7o. a 17 la manera como se forma o constituye la sociedad anónima y preceptúa en el artículo 5o. que uno de los requisitos es el de indicar "El capital de la compañía, el número y valor de las acciones en que se divide, el número de las acciones suscritas por cada accionista, y la forma de su pago. Si este se hace por instalamentos, deberá expresarse el hecho de haber sido pagada, por lo menos, la quinta parte del valor de cada acción suscrita;....."

Pero ocurre que el mismo Decreto en sus artículos 259 y siguientes alude a la Superintendencia de Sociedades Anónimas con el objeto de que a través de ella el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, ejerza la inspección necesaria sobre las sociedades anónimas. En el artículo 272 de dicha disposición se determinó lo siguiente:

Artículo 272. "Corresponde al Superintendente autorizar a las sociedades anónimas para los siguientes actos:

1. Para empezar a ejercer su objeto social;

2. Para solemnizar el aumento de capital autorizado y cualquiera otra reforma de sus estatutos; y

3. Para colocar acciones de las que tenga en reserva.

Estas autorizaciones serán concedidas por medio de resoluciones motivadas, que se registrarán en la Cámara de Comercio y se publicarán en un periódico del domicilio social".

Quiere decir lo anterior que si es verdad que la sociedad anónima se constituye por una escritura pública que se registra cuando hay aportes en inmuebles, dicho instrumento legal no tiene efecto definitivo ni puede considerarse que la sociedad puede operar en la vida jurídica por que sus actos están sometidos a un requisito previo que consiste en la aprobación que haga la Superintendencia de Sociedades Anónimas; si el permiso no se concede, el resultado es que no podrá ejercer su objeto social y deberá disolverse.

Este requisito lo expresa en forma clara el artículo 268 del actual Código de Comercio, vigente desde el 1o. de enero del presente año cuando dice:

> "Las sociedades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia no podrán ejercer su objeto sin un permiso de funcionamiento de la misma Superintendencia, que solamente se otorgará cuando su constitución se ajuste a las leyes. Tratándose de sociedades no sometidas inicialmente a dicha vigilancia, deberán obtener también el permiso una vez que queden bajo vigilancia".

En estricto sentido la constitución y funcionamiento de una sociedad anónima constituye un acto complejo: de un lado está la manifestación de voluntad de los particulares por medio de la cual constituyen sociedad y suscriben las acciones; de otro está la expresión de voluntad del Estado que por medio del organismo competente expresa su asentimiento o rechazo a la voluntad de aquéllos cuando no se ajusta a las prescripciones legales respectivas. Como en los actos complejos la manifestación de voluntad, así

sea de la Administración, ya sea de los particulares, no es regular mientras no venga el acto aprobatorio, no hay duda entonces que ciertamente las sociedades anónimas, sólo pueden iniciar operaciones cuando han sido aprobadas por la Superintendencia del ramo.

No considera la Sala necesario entrar en el estudio de los diversos aspectos jurídicos que suscita el problema de la emisión de acciones; si, por ejemplo, ella se realiza desde el momento mismo de constitución de la sociedad o posteriormente, punto que sería de interés meramente especulativo en el caso sub judice porque ya frente al problema fiscal concreto, que es el que interesa en este momento, tales definiciones carecen de interés.

El numeral 1o. de la resolución demandada, en la parte que no ha sido motivo de acusación remite expresamente al numeral 67 del artículo 5o. del Decreto Extraordinario 2908 de 1960 y 3o. de la Ley 24 de 1963. Veamos entonces lo que se dice en tales disposiciones:

El Decreto 2908 de 1960, dictado en uso de facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno por la ley 58 de 1960 dice:

"Art. 1o. Los Impuestos Nacionales de Papel Sellado y Timbre Nacional estarán regulados por las disposiciones del presente Decreto.

CAPITULO II

IMPUESTO NACIONAL DE TIMBRE OBJETO DE IMPOSICION

Art. 5o. Causan impuesto de timbre nacional, de conformidad con la cuantía que se indica para cada caso:

.....

67. "La emisión de acciones nominativas de sociedades anónimas o en comandita por acciones, el cuatro por mil *sobre el valor nominal de los títulos.* Cuando las acciones sean al portador, el dos por ciento (2o/o) *sobre el valor nominal*". (Se subraya).

Es de advertir que la Ley 24 de 1963 en el numeral 67 del artículo 3o. repite exactamente con los mismos términos, el artículo transcrito.

Frente a estas disposiciones queda muy claro que no es la emisión de acciones la que se tiene en cuenta para liquidar el impuesto de timbre, sino el valor nominal de los títulos. Son dos cosas muy distintas la emisión de

acciones y el valor de los títulos; los títulos se entregan una vez que las acciones suscritas hayan sido pagadas totalmente o a medida que vayan siendo pagadas; antes de ello sólo pueden expedirse títulos provisionales que no tienen más que el simple valor de constancia de suscripción y que no son negociables.

Por ello dice el artículo 77 del Decreto 2521 de 1950, que el actor señala como especialmente violado que: "Los títulos definitivos de las acciones suscritas en el acto de constitución, deberán ser expedidos dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha del permiso definitivo de funcionamiento. Los de las acciones suscritas posteriormente, deberán expedirse dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción".

Por eso, vuelve a repetirse, que según las disposiciones del Decreto 2908 de 1960, artículo 67 y Ley 24 del 63 artículo 3o. no es sobre la emisión de acciones sobre lo que se paga el impuesto de timbre sino sobre el valor de los títulos que se entregan en la forma y dentro de los términos señalados por el artículo 77 del Decreto 2521.

Por lo mismo en concepto de la Sala es equivocado el concepto del señor Fiscal cuando dice entre otras cosas:

> "Para complementar la idea anterior y en aras de demostrar la legalidad de la Resolución acusada, basta consultar el numeral 67 del artículo 5o. del Decreto No. 2908 de 1960 que estableció la tarifa de los impuestos de timbre, en donde, claramente, queda establecido que dicho impuesto grava la emisión de acciones de sociedades anónimas y no los títulos que acreditan la propiedad de sus aportes o de las acciones sucritas por cada accionista".

Aunque el señor Fiscal se remite al artículo del Decreto 2908 de 1960, es lo cierto que se dejó desviar por la resolución acusada y dijo cosa distinta de lo que expresa el mencionado decreto; porque es lo cierto que la resolución enjuiciada viola en forma flagrante, como ya se vió, las disposiciones sustantivas que reglamentan en el aspecto que venimos tratando el impuesto de timbre, pues se refiere a que el impuesto se cobra sobre "emisión de acciones" lo que es completamente equivocado y violatorio de las mismas disposiciones legales ya analizadas, en que claramente se establece que el impuesto de timbre se cobra sobre el *valor nominal de los títulos* que es cosa completamente distinta a la emisión de acciones. (Subraya la Sala).

Para aclarar mejor el problema veamos un sencillo ejemplo. Una sociedad emite acciones por valor de cincuenta millones de pesos ($50.000.000.oo) pero no otorga títulos sino por valor de diez millones de pesos ($10.000.000.oo) porque sólo en esa cantidad han sido pagadas un número equis de acciones emitidas. Conforme a la resolución acusada, esa sociedad

tendría que pagar impuesto de timbre sobre un valor de cincuenta millones de pesos; en cambio de acuerdo con el numeral 67 del artículo 5o. del Decreto Extraordinario 2908 de 1960 y 3o. de la Ley 24 de 1963, sólo tiene que pagar impuesto sobre diez millones de pesos ($10.000.000.oo), que es lo justo y verdadero. Como se vé la diferencia es grave, importante y esencial para la economía de las sociedades.

De todo lo anterior se deduce que el actor tiene razón en sus planteamientos y por ello habrá de decretarse la nulidad de la resolución No. R—052—E de 14 de junio de 1965 en la parte que fue acusada.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en desacuerdo con su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Es nula la resolución No. R—052—E de 14 de junio de 1965 de la División de Impuestos Nacionales en la parte de su numeral 1o. que dice: *"Para los efectos de esta providencia, se considera perfeccionada la emisión de acciones de Sociedades Anónimas el día en que se registró la Escritura de constitución o transformación en Anónima, con base en el número total de las acciones de capital o industria que aparezcan realmente suscritas;....."*.

Cópiese, publíquese, notifíquese.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 17 de febrero de 1972.

Juan Hernández Sáenz — Hernando Gómez Mejía — Miguel Lleras Pizarro — Gustavo Salazar T.

Hernando Franco Rojas
Secretario.

ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL

REINTEGRO AL SERVICIO EN CUMPLIMIENTO DE DECISIONES DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. *La declaración de reintegro al servicio no comporta nombramiento, no requiere notificación y produce efectos instantáneos. La Administración puede, cuando el empleado reintegrado es de libre nombramiento y remoción, removerlo después de reintegrarlo.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D.E., febrero diez y ocho de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Rafael Tafur Herrán.

En demanda presentada ante esta Corporación con fecha 29 de enero de 1971 el señor *Oscar Humberto Echeverri,* por medio de apoderado y ejercitando la acción de plena jurisdicción, ha solicitado que se declare la nulidad de las Resoluciones números JD–008 y JD–009 de 29 de septiembre de 1970 dictadas por la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional y que en su lugar se disponga el restablecimiento de su derecho en los términos de que se hará mérito más adelante.

Afirma la violación del artículo 66 del C.C.A. en cuanto los actos impugnados, en concepto del actor, comportan desviación de poder; de los artículos 473 y 474 del anterior C.J. sobre la fuerza de la cosa juzgada; del artículo 121 del C.C.A. sobre la manera como la Administración debe cumplir las decisiones de la jurisdicción, y los siguientes hechos:

"**Primero.** Por sentencia dictada el 4 de julio de 1970 por el Consejo de Estado se ordenó reintegrar al señor Oscar Humberto Echeverri M. al cargo de Jefe de la División Administrativa o, en su defecto a otro de igual categoría y remuneración. Se dispuso, además, que la Administración Postal Nacional debía pagarle una suma equivalente a lo que hubiera percibido, de no haber quedado cesante.

"**Segundo.** En el momento de cumplirse la sentencia no existía el cargo de Jefe de la División Administrativa, el cual había sido suprimido desde el 1o. de Enero de 1966, pero existía, desde el 1o. de octubre de 1969 el cargo de Sub–Director Administrativo de la Administración Postal Nacional, al cual se le atribuyeron las funciones adscritas al cargo primeramente mencionado.

"**Tercero.** En orden a la ejecución de la sentencia ya mencionada, la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional dictó la Resolución No. JD–008 del 29 de septiembre de 1970, por la cual se dispuso:

"**Artículo 1o.** Restablécese al cargo de Jefe de la División Administrativa de la Administración Postal Nacional con las mismas funciones y asignaciones que tenía hasta la expedición del Decreto 3253 del 17 de diciembre de 1965, que lo suprimió.

"**Artículo 2o.** Reintégrase al cargo de Jefe de la División Administrativa de la Administración Postal Nacional al señor *Oscar Humberto Echeverri Meléndez.*

"**Artículo 3o.** Reconócese a favor del señor *Oscar Humberto Echeverri Meléndez* los sueldos dejados de percibir desde el primero (1o.) de Enero de 1966 hasta la fecha de esta providencia, a razón de cuatro mil quinientos pesos ($4.500.oo) m/cte. mensuales, más las primas y bonificaciones a que tenga derecho durante el referido lapso.

"**Artículo 4o.** De las sumas que se reconocen según el artículo anterior deben deducirse las que el señor *Echeverri Meléndez* hubiere devengado en otras dependencias del Estado dentro del mismo lapso.

"**Artículo 5o.** Esta Resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

Cuarto. La Resolución a que se refiere el hecho anterior, que ponía fin a la actuación a que dió lugar la solicitud del interesado para obtener el cumplimiento de la sentencia se notificó el 2 de octubre de 1970 al apoderado y quedó en firme el 8 de octubre de 1970.

"**Quinto.** El 29 de septiembre de 1970 la Junta Directiva de Adpostal dictó también la Resolución No. JD–009, por la cual se dispuso la supresión del cargo restablecido por la Resolución JD–008 que se había expedido el mismo día y, además, se decretó la insubsistencia del nombramiento del señor Echeverri M.

"**Sexto.** La Resolución JD–009 empezó a regir a partir de la fecha de su expedición, o sea, el mismo 29 de septiembre de 1970 y se le comunicó al señor Echeverri el 2 de octubre de 1970, mediante oficio No. D–560477.

"**Séptimo.** Al señor Echeverri se le liquidó la indemnización decretada en la sentencia teniendo en cuenta una asignación mensual de $4.500.00, sin tener presente que, a partir del 1o. de octubre de 1969 debía tomarse como base la liquidación un sueldo mensual de $10.500.oo, correspondiente al cargo de Sub–Director Administrativo que se creó para desempeñar las funciones atribuídas ante el Jefe de la División Administrativa. En consecuencia la Administración Postal Nacional dejó de pagar a Echeverri una parte de la indemnización que le correspondía a título de restablecimiento de su derecho, en una cuantía que excede de $100.000.oo.

"Octavo. Adpostal ordenó, además, descontar a Echeverri la cantidad de $10.506.68 con destino a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones *"Caprecom"*, como aportes del 5o/o sobre sueldos y bonificaciones y se negó a darle trámite a la cuenta respectiva, si no se incluía ese descuento".

Admitida que fué la demanda, de ella se dió traslado al Ministerio Público y a la Administración Postal Nacional, entidad ésta última que constituyó apoderado y por su intermedio alegó de conclusión impugnando las pretensiones del actor.

La Fiscalía 4a. de la Corporación, a su turno, en la vista de fondo, se ha manifestado en parte de acuerdo con los planteamientos de la demanda, y los ha refutado en cuanto a la petición del literal d). Ha expresado:

> "... Cree la Fiscalía que el Consejo de Estado debe ordenar la nulidad de la Resolución del folio 24 (esto es, la que declaró la insubsistencia del actor en el cargo –anota la Sala–) para ordenar en su lugar, que se reintegre en el cargo de Jefe de la División Administrativa de la Administración Postal Nacional, o en otro similar o de igual categoría y remuneración, a Oscar Humberto Echeverri, y negar la nulidad de la providencia de folios 21 a 22 por las razones anteriormente expuestas".

Estas razones, en síntesis, consisten en que la Resolución No. 009 vino a hacer nugatoria o a impedir el reintegro del actor al cargo de Jefe de la División Administrativa allí mismo suprimido y al frente del cual, por consiguiente, no volvió a estar un momento siquiera. Con lo que se incurrió en desviación de poder puesto que la Resolución fue "proferida no en vista del fin que se perseguía, no en función de buen servicio, sino por motivos completamente diferentes" y queriendose desconocer, por más veras, los efectos de la cosa juzgada.

Agotado ya el trámite de la instancia, entra la Sala a proveer en el fondo.

Se considera: Son conocidos ya, por la transcripción anteriormente efectuada de los hechos *tercero* y *quinto* de la demanda, los términos en que se dictaron las resoluciones 008 y 009 de 1970 impugnadas.

Como consecuencia de su nulidad, el demandante pide:

a) Que su reintegro se opere "en el cargo de sub–Director Administrativo de la entidad, o a falta de éste, en uno de igual o superior categoría y remuneración".

b) Que los sueldos a cargo de la Adepostal se le paguen en el lapso "del 1o. de octubre de 1968 al 29 de septiembre de 1970" por el equivalente al

sueldo del mismo cargo, o sea $10.500.oo mensuales liquidándose la diferencia resultante a su favor.

c) Que también ese sueldo sea el que debe tomarse en cuenta del 30 de septiembre de 1970 en adelante.

d) Que se declare que no hay lugar a deducirle, de las sumas a cargo de Adpostal, la de $10.872.02 que se le dedujo por concepto de aportes a Caprecom y que por tanto aquella entidad se las debe.

Ha habido desviación de poder en opinión del demandante porque dictadas a un tiempo como fueron las dos resoluciones 008 y 009 y habiendose creado sólo nominalmente el cargo de Jefe de la División Administrativa fué el caso que al quedar en firme la Resolución 008 que ordenó el reintegro ya estaba rigiendo la 009 que suprimió dicho cargo y declaró insubsistente el nombramiento del demandante, bien que sin suprimir la Sub–Dirección Administrativa. Todo lo cual está demostrando –agrega que sólo se quiso limitar la cuantía de la cantidad que debía pagársele e impedir su reintegro efectivo al cargo.

"Si la ley y los reglamentos –concluyó el demandante al expresar el concepto de la violación– confieren a la Junta directiva de la Administración Postal Nacional la facultad de nombrar y remover libremente a los altos funcionarios de la entidad, ha de entenderse que el ejercicio legítimo de esa potestad tiene que estar ordenado a una prestación eficiente del servicio que es el fin señalado en la ley. Si el ejercicio de esta facultad no está nacionalmente ordenado a este fin, sino que se persigue uno diferente; si, como ocurre en el caso presente, se realizan habilidosas maniobras con el ánimo torticero de eludir o de soslayar en parte los efectos de una sentencia del más alto tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa, la desviación de poder es manifiesta".

No lo cree así esta Corporación. Estima, por el contrario, que la Administración Postal Nacional hizo lo que correspondía hacer en orden a la ejecución y cumplimiento del fallo del Consejo de Estado. Tratábase de un cargo –el de Jefe de la División Administrativa, al que se ordenó reintegrar al actor– de libre nombramiento y remoción, y ya suprimido regularmente con anterioridad, por más veras.

La Administración Postal empezó por restablecer dicho cargo, determinación que en sí misma no ha merecido de parte del actor reparo alguno especial.

El hecho de tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, ya anteriormente suprimido, no le impidió a la Administración el reconocimiento de sueldos hasta la fecha del cumplimiento del fallo.

El reintegro se dispuso a ese cargo, "o a un cargo de igual categoría y remuneración", en el fallo.

Esto último –dicho sea de paso– armonizaba poco con la calidad de libre nombramiento y remoción del cargo, lo que en estricta verdad imponía limitar la orden de reintegro al mismo cargo únicamente.

Pero así quedó ordenada y el demandante pretende, que ese otro cargo es el actual de sub–Director Administrativo de la Administración Postal y que con el restablecimiento y supresión subsiguiente de el Jefe de la División Administrativa lo que se ha consumado es un desconocimiento de su derecho y una burla de lo dispuesto por el Consejo de Estado.

El actor sin embargo no se cuidó de demostrar la equivalencia de los cargos en cuestión. Ni aparece ella de las atribuciones adscritas al uno y al otro por el Acuerdo y la Resolución de Adepostal de folios 38 y 39. No son coincidentes, ni tampoco la Resolución contiene disposición alguna que expresamente adscribiera a la Sub–Dirección las funciones de la Jefatura de la División Administrativa.

Subsiste así la estimación de Adepostal en uno de los considerandos de la Resolución 008 en el sentido de que ni el cargo de Jefe de la División Administrativa existía, "ni puede equipararse al de Sub–Director Administrativo de la misma" Administración Postal Nacional.

Y es que, por otra parte, si en defecto de la Jefatura de División, el reintegro del actor debía además operarse a un cargo de igual retribución, esta circunstancia no se daba respecto de la Sub–Dirección Administrativa cuyo titular tiene señalada una asignación de $10.500.oo mensuales, es decir, en más de un tanto superior a la de $4.500.oo que devengó el demandante en la División Administrativa.

Por manera que si por el acto acusado No. 008 se restableció el cargo de Jefe de la División Administrativa para efectos del reintegro del demandante, haciéndose así mismo los reconocimientos pecuniarios que en su favor correspondían, lo que se advierte es el deseo de la Administración de ceñirse estrictamente a lo ordenado por la Justicia administrativa: no había cargo equivalente, no lo era el de Sub–Director Administrativo a que ha aspirado el demandante.

Pero que al suprimirse nuevamente el cargo y declararse insubsistente el nombramiento del señor Echeverri por la Resolución subsiguiente No. 009 del mismo día 29 de septiembre de 1970, si no cabe duda –se dice– de que se consumó la desviación de poder, por consiguiente la obligación de la Administración de reintegrar al actor a un cargo equivalente porque en ese al

que dijo reintegrarlo no estuvo un momento siquiera dado que –palabras del demandante– "el 8 de octubre de 1970, cuando quedó en firme la Resolución 008 ya estaba rigiendo la Resolución 009 que no necesitaba notificación y que debía regir desde la misma fecha de su expedición".

Empezando por esto último, la Sala observa:

1. Que el texto de una y otra de las Resoluciones en cita aparece que regirían "a partir de la fecha de su expedición" 2. Que la declaración del reintegro de un empleado al servicio no comporta nombramiento del mismo con las modalidades consiguientes a un acto de esta naturaleza, "pues se trata tan solo de que el empleado ilegalmente removido del cargo reasume sus funciones", según ha tenido el Consejo oportunidad de decirlo (sentencia de agosto 23 de 1962). Por lo cual en realidad, una vez hecha la declaración de reintegro, el empleado –que así lo ha pedido como restablecimiento de su derecho– queda ipsofacto en capacidad de asumir sus funciones, sin necesidad de notificación. y 3o. Que por consiguiente, si de ese momento en adelante, viene un nuevo acto de la Administración declarándolo insubsistente en el cargo, ese acto por tratarse de empleo de libre nombramiento y remoción, no es ilegítimo porque otra cosa "implicaría sostener la tesis injurídica de que la sentencia prolongaría sus efectos después del acto de incorporación del funcionario, con desconocimiento de la facultad que tiene la persona administrativa para remover libremente a los empleados no protegidos por estatuto alguno de inamovilidad".

Los apartes pertinentes del fallo del Consejo en cita son los siguientes:

> "Dice la demanda que reintegrar a una persona en un cargo no significa nombrarlo, sino darle la posesión correspondiente, por que según lo establece el Código de Régimen Político y Municipal ningún empleado puede entrar a ejercer sus funciones sin haber tomado posesión del cargo (artículo 251 *ibídem*).
>
> "Para el caso de reintegro, tal como en cumplimiento de la sentencia de esta Sala lo dispuso el Director del Instituto, así como no se requería nombramiento nuevo tampoco podía exigirse ni se exigió nueva diligencia de posesión.
>
> "En cuanto al plazo de diez días que el artículo 248 del mismo Código concede al nombrado para aceptar o rehusar un empleo público de voluntaria aceptación, tal norma no es aplicable al reintegro, en el cual se trata de que el empleado reasuma sus funciones.
>
> "El demandante había exigido que se le restableciera en su empleo y así lo ordenó el fallo, del cual quedó notificado en oportunidad. De modo que su voluntad de aceptar el reintegro para continuar desempeñando su cargo estaba expresada desde la demanda. Al comunicársele, en oficio del 3 de noviembre (hecho 6o.) que por

medio de la Resolución número 1122 dictada la víspera, el Instituto lo reintegraba, era a él –el reintegrado en el ejercicio de sus derechos y en cumplimiento de sus deberes de Almacenista– a quien correspondía acudir a desempeñar el empleo o manifestar las razones por las cuales no podía hacerlo sino dentro de cierto término. La obligación de hacer que el fallo imponía al Instituto en cuanto al reintegro del demandante a sus funciones de Almacenista quedaba cumplida con la Resolución y la comunicación que de ella se le hizo el día siguiente.

"La obligación impuesta por el fallo al Instituto en cuanto al reintegro del señor Piñeros Romero en el ejercicio del cargo quedaba cumplida –ya se dijo– con la Resolución número 1122 y la comunicación respectiva al interesado.

"De ahí en adelante era a éste a quien correspondía reanudar el cumplimiento de sus deberes como empleado y llenar las formalidades correspondientes para ese fin. No aparece demostrado –pero ni siquiera afirmado por el demandante– el hecho de que se hubiera presentado a desempeñar el empleo o manifestado alguna excusa para no hacerlo en oportunidad. Tampoco aparece que el Instituto hubiera puesto ningún obstáculo para que el demandante reanudara el ejercicio de sus funciones como Almacenista, lo cual sí habría constituído un hecho positivo de incumplimiento en el fallo.

"Agotada por la Dirección del Instituto el cumplimiento de la obligación que en cuanto al reintegro del demandante le imponía la sentencia, y puesto que se trataba de un empleado de libre nombramiento y remoción, ya no podía haber ningún obstáculo de orden legal para que aquella ejercitara la facultad de removerlo. Los efectos de la sentencia no podían ir más allá del reintegro. En los mismos considerandos de aquella providencia se había dicho, a propósito de la petición disyuntiva de restituir el actor en puesto "de igual o superior categoría" a aquél de que con desviación de poder había sido desplazado, que dicha "solicitud no cabe cuando se trata de un funcionario de libre remoción, no amparado, por ende, por fuero de inamovilidad alguna. Lo único precedente en causa así, es tan solo restablecer el empleado separado de la Administración. Pública en el mismo cargo que desempeñaba cuando con desviación o abuso de poder fue retirado, sin para en nada disminuir el derecho o facultad de 'libre remoción' que por el Estado o los establecimientos públicos descentralizados pueda tenerse.

"Pero cumplido el reintegro, quedó restablecido el señor Piñeros en su cargo. Y además, por Resolución posterior –según lo dice el apoderado del Instituto– le fué reconocido el valor de los sueldos correspondientes al lapso comprendido entre el 1o. de agosto de 1959 y el 1o. de noviembre de 1960, "suma que fue cancelada oportunamente".

"Reintegrado el señor Piñeros, como se hizo, quedaba nuevamente en la condición estatutaria de empleado libremente amovible. La Resolución de insubsistencia número 1139 del 7 de noviembre de 1960, proferida por el Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y aprobada por la Junta Directiva del mismo, es un año posterior al del reintegro, con el cual se le había dado ya cumplimiento a la sentencia de esta Sala, la cual podía ordenar y ordenó restablecer al señor Piñeros en

sus funciones, pero no dispuso –ni habría podido disponer en este caso sin invadir facultades discrecionales de la Administración– conservar al reintegrado en el cargo.

"La nueva Resolución de insubsistencia, cuya anulación se ha pedido en la demanda, no implica, pues, incumplimiento del fallo cuyos efectos quedaron agotados con la reintegración del empleado anteriormente destituído. Si se admitiera que cuando en una sentencia se ordena restablecer en su empleo a un funcionario de libre nombramiento y remoción éste tiene que ser conservado en el cargo durante cualquier lapso de tiempo, ello implicaría sostener la tesis injurídica de que la sentencia prolongaría sus efectos después del acto de reincorporación del funcionario, con desconocimiento de la facultad que tiene la persona administrativa para remover libremente a los empleados no protegidos por estatuto alguno de inamovilidad.

"El sistema de la discrecionalidad en el nombramiento y remoción de empleados, que es el que rige para el caso sub–judice, da margen, efectivamente, para dictar actos injustificados respecto de buenos servidores de la Administración y eso puede haber ocurrido en el caso de autos. Pero es el sistema legal aplicable y es necesario admitir que la sentencia que ordenó reintegrar al señor Piñeros Romero fue cumplida con la Resolución de reintegro y reconocimiento de las demás prestaciones y que con eso quedaron agotadas las obligaciones que la sentencia impuso al Instituto".

La deducción de las cuotas a favor de la Caja respectiva es una consecuencia lógica de que lo pagado al demandante fueron sus sueldos.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en parte de acuerdo con el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

No se accede a las peticiones de la demanda.

Este fallo fué discutido y aprobado por la Sala en su sesión de fecha 4 de febrero de 1972.

Cópiese y notifíquese.

Alvaro Orejuela Gómez (Con Salvamento de Voto) – Rafael Tafur Herrán – Eduardo Aguilar Vélez – Nemesio Camacho Rodríguez.

Susana M. de Echeverri

Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Respetuosamente me permito manifestar mi disentimiento de la anterior sentencia proferida por la Sala, tanto en sus considerandos como en su parte resolutiva, con fundamento en las siguientes razones:

Primera: El fallo parte de un supuesto de hecho que está en contradicción con las pruebas aportadas, pues se sostiene que el reintegro del señor *Oscar Humberto Echeverri* sí se produjo, cuando la realidad procesal indica todo lo contrario, ya que la Administración Postal Nacional dispuso las cosas de tal manera que su reingreso no se pudiera realizar. En efecto, la primera Resolución por la cual se ordenó el cumplimiento de la sentencia del Consejo debía notificársele al interesado, como se hizo, por cuanto ponía fin a una actuación administrativa que él había provocado para obtener la ejecución de la sentencia (artículos 13 y 14 del Decreto Ley 2733 de 1959). Una vez notificada era preciso que corriera el término de ejecutoria, como en efecto ocurrió, y dentro del cual el interesado podía interponer los recursos legales si consideraba que la providencia no disponía en legal forma el cumplimiento del fallo o si estimaba que lesionaba su derecho. De consiguiente, la Resolución "JD" 006 sólo quedó en firme a partir del 5 de Octubre de 1970, como lo acredita la constancia que obra en la copia del acto acusado. En cambio, la Resolución "JD" 007 dictada el mismo día de la anterior (Septiembre 29 de 1970), por ser un "acto condición" de desinvestidura, no requería notificación, ni era susceptible de ningún recurso por la vía gubernativa y, por lo tanto, surtió efectos inmediatos.

De esta suerte, cuando el señor Echeverri estaba en capacidad de reasumir sus funciones, o sea, a partir del 5 de Octubre de 1970, ya se le había destituido por un acto que produjo efectos desde el 29 de Septiembre de 1970. No hubo, pues, un solo momento dentro del cual el demandante estuviese en condiciones de reintegrarse al cargo.

Segunda. Sostiene la Sala que, como la declaración de reintegro que hace la Administración en cumplimiento de una sentencia no comporta nombramiento, por ello no requiere notificación y produce efectos instantáneos. Sin embargo, el anterior razonamiento carece de lógica. Porque si la Sala hubiese hecho una afirmación contraria, verbi gratia, "como la declaración de reintegro comporta un nombramiento, no requiere notificación y produce efectos instantáneos", este acerto sería también jurídicamente discutible, pero al menos no tan ilógico, pues es sabido que el nombramiento, como acto condición que es, no exige notificación y puede ejecutarse inmediatamente. Si la "declaración de reintegro", como la denomina la Sala, y que con mayor exactitud podría llamarse "orden

administrativa de reintegro", no puede equipararse a un nombramiento y, si, además, se profiere como culminación de una actuación administrativa provocada por un particular, mediante solicitud de cumplimiento de una sentencia, es indiscutible que deba notificarse y que contra ella proceden los recursos legales por vía gubernativa, tal y como lo preceptúan los artículos 10, 11, 12 y 13 del Decreto número 2733 de 1959, cuyos textos establecen:

> "**Artículo décimo.** Las providencias que ponen fin a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado, dentro de los cinco (5) días siguientes a su expedición.
>
> "**Artículo undécimo.** Si no se pudiere hacer la notificación personal, se fijará un edicto en papel común en lugar público del respectivo despacho, por el término de cinco días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia.
>
> "**Parágrafo 1o.** Las providencias que afecten a terceros, que no hayan intervenido en la actuación, se notificarán personalmente a éstos. Si ello no fuere posible, se publicará su parte resolutiva, por una vez, en el Diario Oficial.
>
> "**Párrafo 2o.** En el texto de la notificación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra la providencia de que se trata.
>
> "**Artículo duodécimo.** Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la respectiva providencia, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.
>
> "**Artículo decimotercero.** Salvo disposición especial en contrario, por la vía gubernativa proceden los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional:
>
> "1. El de reposición, ante el mismo funcionario administrativo que pronunció la providencia, para que se aclare, modifique o revoque.
>
> "2. El de apelación, ante el inmediato superior, con el mismo objeto".

Tercera. La decisión mayoritaria de la Sala pretende fundamentarse en una tesis que sostuvo el Consejo de Estado en sentencia del 23 de Agosto de 1962, cuyos principales apartes se transcriben en sus considerandos. Después de un examen atento del caso resuelto en el fallo aludido, se llega a las siguientes conclusiones:

Los *hechos* que dieron lugar al pronunciamiento de la sentencia del 23 de Agosto de 1962, son completamente distintos a los del negocios que ahora se decide. En efecto: Una vez ejecutoriada la providencia que ordenó el

reintegro del señor Piñeros Romero al cargo de Almacenista, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, sin mediar requerimiento o petición del interesado, procedió al cumplimiento del fallo, aceptando la renuncia de la persona que por entonces desempeñaba esas funciones y dictando la Resolución de reintegro que se le comunicó inmediatamente al demandante Piñeros para que volviera a asumirlas. Transcurrieron cinco días más sin que éste se presentara y entonces el Instituto procedió a declarar su insubsistencia. Este acto fue demandado en acción de plena jurisdicción y para poner fin al juicio el Consejo de Estado dictó la sentencia antes mencionada, en la cual dijo, con razón, lo siguiente:

> "La obligación de hacer que el fallo imponía al Instituto en cuanto al reintegro del demandante a sus funciones de Almacenista quedaba cumplida con la Resolución y la comunicación que de ella se le hizo, al día siguiente. La obligación impuesta por el fallo al Instituto en cuanto al reintegro del señor Piñeros Romero en el ejercicio del cargo quedaba cumplida –ya se dijo– con la Resolución número 1122 y la comunicación respectiva al interesado. De ahí en adelante era a éste a quien correspondía reanudar el cumplimiento de sus deberes como empleado y llenar las formalidades correspondientes para ese fin. No aparece demostrado –pero ni siquiera afirmado por el demandante– el hecho de que se hubiera presentado a desempeñar el empleo o manifestando alguna excusa para no hacerlo en oportunidad. *Tampoco aparece que el instituto hubiera puesto ningún obstáculo para que el demandante reanudara el ejercicio de sus funciones como almacenista, lo cual si habría constituído un hecho positivo de incumplimiento al fallo*". (Subrayo).

El texto antes transcrito supone, sin riesgo de equivocarse, que si los falladores de 1962 hubiesen tenido a su consideración el caso de autos, lo habrían decidido en sentido contrario a como lo ha resuelto la mayoría de la Sala en el negocio que se examina. Ello se colige claramente del aparte que me he permitido subrayar.

Porque en el caso presente no hubo reintegro, ya que la propia Administración expidió el mismo día en que dispuso el restablecimiento, otra Resolución que lleva el número siguiente, por medio de la cual se suprimió el cargo creado por la anterior y destituyó al señor Echeverri, cuando aún no estaba en firme la providencia precedente, con lo cual creó un obstáculo insalvable para que aquél reasumiera sus funciones.

Cuarta. Por medio de la Resolución 007 de la Administración Postal Nacional, se suprimió el cargo creado por la Resolución 006 y se destituyó al señor Echeverri pero dados los términos que debían correr para que alcanzara firmeza la primera providencia, se produjo el siguiente fenómeno: El cargo creado por la primera nunca llegó a tener existencia real y, por consiguiente, el señor Echeverri estuvo absolutamente imposibilitado para reintegrarse al servicio de Adpostal. Resulta claro, entonces, que la

Resolución 007 de 1970 desconoció la sentencia del Consejo y tornó imposible su cumplimiento. Por ello, entraña un vicio de ilegalidad por violación de los artículos 92 y 121 del C.C.A.; 473, 474 y 554 del antiguo Código Judicial; y 332 del actual Código de Procedimiento Civil.

Quinta. Están plenamente probados en el proceso, los siguientes hechos:

Que en un mismo día se dictaron dos Resoluciones, una por la cual se incorporaba a Echeverri y la otra por la cual se le destituía;

Que por la primera se creaba un cargo y por la siguiente se le suprimía;

Que la segunda Resolución produjo efectos inmediatos, en tanto que la primera sólo podía producirlos, como en efecto ocurrió, varios días después del 29 de Septiembre.

Estos tres hechos diferentes, pero concordantes y convergentes (art. 250 del C. de P.C.) constituyen tres indicios graves con los cuales considero plenamente probada la intención de Adpostal de eludir o burlar el cumplimiento de la sentencia. Por ello, estimo que el acto acusado es nulo por desviación de poder (art. 66 del C.C.A.), pues se utilizó la facultad de libre nombramiento y remoción para fines extraños al "buen servicio", y, concretamente, para desconocer un fallo judicial.

Sexta. Se sostiene en la sentencia que no está demostrada la equivalencia del antiguo cargo de Jefe de la División Administrativa y del cargo actual de Subdirector Administrativo. Tampoco comparto este parecer, por cuanto en el expediente obran copias debidamente autenticadas de los reglamentos de Adpostal, de cuya simple lectura resulta la equivalencia, en razón de ser unas mismas las funciones esenciales adscritas a aquél.

Séptima. La obligación para la administración Postal Nacional, al tenor de lo dispuesto en la sentencia del Consejo, era reintegrar a Echeverri al mismo cargo si existía o, en caso contrario, a uno equivalente. Para eludir esta obligación se creó otro distinto sin funciones y sin señalarle asignación, pues la suma de $4.500.oo que se indica en la Resolución, es apenas una base que arbitrariamente se fija para tasar la indemnización. Por este motivo esa providencia también es nula en lo pertinente.

Octava. Finalmente, considero muy graves las consecuencias y efectos que se deriven de la sentencia profierda por la mayoría de la Sala, toda vez que el propio Consejo de Estado se encarga de expedir un acto jurisdiccional que le permitirá a la Administración Pública desconocer, impunemente, las decisiones ejecutoriadas de los órganos de la jurisdicción

contencioso–administrativa. Además, como el fallo en referencia le asigna a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción un alcance tan desmesurado que la equipara con un *poder arbitrario,* estimo que se sienta un funesto precedente con el cual se aniquila un aspecto capital del restablecimiento del derecho, cuando se trate de cargos de libre nombramiento y remoción.

Lo anteriormente expuesto me permite concluir que ha debido accederse a las súplicas de la demanda.

Alvaro Orejuela Gómez

JUNTA MONETARIA

DERECHO DE PETICION. Naturaleza Jurídica. Necesidad de que se regule su ejercicio. Caducidad de la acción contencioso administrativa.

REGIMEN DE CAPITALES EXTRANJEROS ESTABLECIDO POR LA LEY 8a. DE 1952. Cálculo de las utilidades remesables al exterior.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D.E., marzo diez de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

Referencia: Expediente No. 1686.

La Compañía Colombiana de Electricidad, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción que consagra el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, impugna lo resuelto por la Junta Monetaria en el Oficio del 2 de julio de 1970, que se transcribe en el libelo, porque estima que esa decisión es violatoria de los artículos 30 de la Constitución, 12 de la Ley 153 de 1887, 1o., Parágrafo Unico, 3o. y 10 de la Ley 8 de 1952, 1o. del Decreto Reglamentario 55 del mismo año, 2341 y siguientes, 1610 y siguientes del Código Civil, 549 y siguientes del entonces vigente Código Judicial, 92, 120 y 121 del Código Contencioso Administrativo.

Tales cargos los puntualiza la demanda en sus capítulos III y IV, así:

"III

CONSIDERACIONES JURIDICAS

"Salta a la vista que el contenido de la preinserta nota del 2 de Julio de 1970 carece totalmente de fundamento.

"Si la Compañía hizo en su oportunidad y en ejercicio de un claro derecho, una petición para remesar las sumas de US$1.197.912.98 y US$520.584.91 correspondientes a dividendos de 1956 y 1957 y esa petición le fué repetidamente negada por medio de decisiones declaradas nulas por el Consejo de Estado, es obvio que subsiste para la Compañía el derecho de que se atienda su petición inicial ya que la sentencia del Consejo de Estado borra y destruye todas las actuaciones administrativas posteriores y restablce para la Compañía la situación en que ella se encontraba cuando pidió que se le permitiera remesar, al cambio vigente entonces, los dividendos de 1956 y primer semestre de 1957.

"No es argumento contra la anterior consideración el que posteriormente se hayan dictado disposiciones sobre tasa de cambio, ni es argumento tampoco el de que la

providencia del Consejo de Estado se limitó a declarar la nulidad de actos administrativos de la Oficina de Registro de Cambios sin establecer el derecho de girar utilidades a una tasa de cambio determinada.

"Si el Consejo de Estado por sentencia ejecutoriada declaró nulos los actos administrativos de la Oficina de Registro de Cambios, que le impidieron a la Compañía hacer las remesas de los dividendos de 1956 y 1957 (5 primeros meses), esa declaratoria implica necesariamente que la Compañía tiene el derecho de hacer sus remesas en las condiciones y al tipo de cambio vigentes cuando formuló su petición, cualesquiera que hayan sido las disposiciones posteriores sobre tasa de cambio.

"Pero si se aceptara hipotéticamente, por vía de discusión, que el Banco de la República y la Junta Monetaria no pueden cumplir la sentencia del Consejo de Estado accediendo a la petición inicialmente formulada por la Compañía –ya que todo lo demás quedó borrado– habría para la Compañía por lo menos el derecho de que se le indemnizarán los perjuicios causados por las decisiones *nulas e ilegales* en virtud de las cuales la Oficina de Registro de Cambios impidió que la compañía ejercitara el derecho de hacer oportunamente las remesas de los dividendos correspondientes a 1956 y 1957.

"IV

DISPOSICIONES VIOLADAS

"a) El Artículo 30 de la Constitución Nacional que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, un arreglo a las leyes civiles.

"b) El Artículo 12 de la Ley 153 de 1887 según el cual "las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la constitución, a las leyes y a la doctrina legal más probable".

"c) El parágrafo único del Artículo 1o. de la Ley 8a. de 1952 que dice: "Los préstamos extranjeros concedidos en efectivo a personas naturales o jurídicas domiciliadas en el país gozarán de las mismas ventajas concedidas en el Artículo 3o. de esta Ley, siempre que su plazo no sea inferior a un año;" el Artículo 3o. de la misma Ley 8a. según el cual "quienes importen capital en monedas extranjeras o en títulos representativos de las mismas, tendrán los siguientes derechos: podrán reexportarlo en cualquier tiempo; podrían así mismo, remesar las utilidades netas del capital importado, y podrán registrar como capital importado las utilidades no distribuídas"; el Artículo 10 ibidem cuyo tenor literal es el siguiente: "Cuando una persona natural o jurídica haya obtenido utilidades con el capital importado y registrado y con créditos obtenidos en el país, sólo podrán exportar las utilidades netas que correspondan proporcionalmente a dicho capital importado. Parágrafo Primero: Los Bancos extranjeros continuarán sujetos a las normas vigentes que regulen sus actividades".

"d) El Artículo 1o. del Decreto No. 005 de 1952 en cuya parte pertinente se dispone: "Los préstamos en efectivos a que se refiere el parágrafo único del Artículo 1o. del Decreto 1625 de 1951 deberán constar por escrito, y el contrato o documento respectivo requerirá la aprobación previa de la Oficina de Registro de Cambios para los efectos de la inscripción en sus libros. La Oficina en ningún caso aceptará tasas de interés superiores al 8o/o anual. Quienes importen divisas en la forma antes dicha tendrán derecho a remesar al exterior los intereses en las fechas convenidas en los respectivos contratos, y, después de un año de obtenido el préstamo, a reembolsarlas o a remesar las cuotas de amortización correspondientes. Se entenderán, en el caso de préstamos en efectivo, que las utilidades a que se refiere el ordinal b) del Artículo 3o. del Decreto mencionado, son las representadas por dichos intereses sin que puedan pretenderse utilidades distintas".

"e) Los artículos 2341 y siguientes del Código Civil sobre responsabilidad civil.

"f) Los artículos 1610 y siguientes del Código Civil sobre obligaciones de hacer.

"g) Los artículos 549 y siguientes del Código de Procedimiento Civil sobre ejecución de las resoluciones.

"h) Los artículos 92, 120 y 121 del Código Contencioso Administrativo".

Y termina el libelo con las siguientes peticiones:

"Fundándome en todo lo anteriormente expuesto, demando muy respetuosamente:

"**Primero**: Que se decrete la nulidad de la resolución de la Junta Monetaria contenida en la nota ya transcrita de 12 de junio de 1967.

"**Segundo**: Que se restablezca el derecho de mi poderdante disponiendo que se le permita remesar al exterior, al cambio vigente entonces, la suma de US$1.197.912.98 por concepto de dividendos correspondientes al ejercicio social de 1956.

"**Tercero**: Que para restablecer el derecho de la Compañía demandante se disponga también que tiene derecho a remesar al mismo tipo de cambio vigente entonces, la suma de US$520.584.91 por concepto de dividendos e intereses correspondientes a los primeros cinco meses de 1957.

"**Cuarto**: Que las órdenes sobre remesas al exterior a que se refieren los dos puntos anteriores le sean notificadas a la Junta Monetaria creada por la Ley 21 de 20 de agosto de 1963 (Artículo 5o.) y al Banco de la República.

"**Quinto**: Que en subsidio se disponga que el Banco de la República, que en este caso ha obrado como agente del Gobierno Nacional, de acuerdo con lo previsto por la Ley 1a. de 1959, Parágrafo del artículo 46, debe reintegrar o reembolsar a la Compañía Colombiana de Electricidad la diferencia que resulte entre el tipo de

cambio de $2.50 por cada dólar y el tipo de cambio aplicable en la fecha en que se haga la remesa de los dividendos e intereses a que se refieren las peticiones anteriores, ya que la remesa no pudo hacerse a ese tipo de cambio por culpa del Banco de la República que obraba como agente del Gobierno Nacional".

Tramitado el juicio, la Compañía insistió en sus alegaciones iniciales y el doctor Bernardo Ortíz Amaya, Fiscal 3o. del Consejo, conceptuó que las súplicas de la demanda no podían prosperar porque, en su sentir, la decisión de la Junta Monetaria que fue acusada se ajusta a derecho y porque la demandante no probó que tuviera derecho a remesar en dólares las utilidades a que el proceso se refiere.

— I —

ANTECEDENTES REMOTOS DEL PROCESO

El 9 de abril de 1956 la Compañía le solicitó autorización a la Oficina de Registro de Cambios para remesar al exterior la suma de US$1.197.912.98 que, conforme a la solicitud, estaban destinados a pagarles a sus accionistas los dividendos que decretó la Junta Directiva de la empresa para tal anualidad (fs. 115 y 116).

La mencionada Oficina, en memorando No. 3293 del 4 de diciembre de 1956, luego de revisar las autorizaciones de giros concedidas a la Compañía durante los años de 1951 a 1955 y de calcular nuevamente las cantidades remesables, encontró que se había remesado en ese lapso un mayor valor de $2.019.862.65 y dispuso que todos los rendimientos con derecho a giro obtenidos por la empresa a partir del 31 de diciembre de 1955 debían aplicarse a amortizar dicha cantidad hasta su completa cancelación. (fs. 149 a 152).

Posteriormente, en oficio del 9 de julio de 1959 (fs. 144 a 146), la Oficina de Cambios le comunicó a la Colombiana de Electricidad que estudiaría de nuevo la liquidación practicada en el memorando 3293 y que el saldo a su cargo podría reintegrarlo en un plazo de diez años mediante deducciones hechas a los giros de utilidades durante ese período. Y recurrida tal decisión por la Compañía, fue confirmada según se lee en el oficio No. 7205 del 12 de noviembre de 1959 (fs. 95 a 114).

Todas estas determinaciones fueron impugnadas por la Compañía ante el Consejo de Estado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción. Se impetró que fueron declaradas nulas y que, para restablecer los derechos de la actora, se le permitiera remesar al exterior las sumas de US$1.197.912.98 y de US$520.584.91 por concepto de dividendos correspondientes al ejercicio de 1956 y a los cinco primeros meses de 1957, respectivamente. O, en subsidio,

que el monto de las remesas se determinara mediante la rectificación de las operaciones contables hechas en el Memorando 3293 de 1956 de acuerdo con el criterio expuesto en la demanda. Así se lee en la parte narrativa del fallo que obra en copia de folios 14 a 45 del expediente.

El Consejo, en sentencia del 17 de diciembre de 1964 (fs. 14 a 45), declaró nulos todos los actos acusados porque encontró que las autorizaciones dadas a la Compañía para remesar dividendos durante los años de 1951 y 1955 eran definitivas y que, además ninguna norma facultaba a la Oficina de Registro de Cambios para hacer reliquidaciones o revisiones como la contenida en el Memorando 3293 de 1956.

No accedió, empero, el Consejo a las demás peticiones de la demanda, por entender que las autoridades cambiarias no habían resuelto hasta entonces sobre las solicitudes de remesa de dividendos que había hecho la Colombiana de Electricidad por el año de 1956 y cinco meses de 1957. Declaró sí que las utilidades obtenidas por la empresa a partir del 31 de diciembre de 1955 no podían ser aplicadas al reembolso del saldo liquidado a su cargo en el Memorando 3293, anulado por la sentencia (fs. 43 y 44).

— II —

EL REGIMEN DE CAPITALES EXTRANJEROS ESTABLECIDO POR LA LEY 8a. DE 1952 Y SUS REGLAMENTOS

La Ley 8a. de 1952, que reprodujo casi en su integridad lo estatuído por el Decreto Legislativo 1625 de 1951, mantuvo la libre importación de capitales extranjeros en dinero o en maquinaria o equipo industrial, agrícola y minero. Sus normas fundamentales disponían lo siguiente:

"**Artículo 1o.** Es libre la importación a Colombia de capital extranjero, en cualquiera de las siguientes formas:

a) En monedas extranjeras o en títulos representativos de las mismas, aceptables por el Banco de la República;

b) En maquinaria y equipo industrial, agrícola o minero.

"**Parágrafo.** Los préstamos extranjeros concedidos en efectivo a personas naturales o jurídicas domiciliadas en el país, gozarán de las mismas ventajas concedidas en el artículo 3o. de esta Ley, siempre que su plazo no sea inferior a un año.

"**Artículo 2o.** Los capitales importados en cualquiera de las formas señaladas en el artículo anterior deberán registrarse en la Oficina de Registro de Cambio, indicando

la finalidad a que se destinan, como también las modificaciones o cambios que se hagan a la inversión primitiva.

Los valores correspondientes a capitales importados en efectivo deberán ser vendidos al Banco de la República o a otro Banco autorizado.

"**Artículo 3o.** Quienes importen capital en monedas extranjeras o en título representativo de las mismas, tendrán los siguientes derechos:

a) Podrán reexportarlo en cualquier tiempo;

b) Podrán, asimismo, remesar las utilidades netas del capital importado, y

c) Podrán registrarse como capital importado las utilidades no distribuídas.

"**Artículo 4o.** Para la reexportación de capital importado en cualquiera de las formas previstas en el artículo 1o. de esta Ley y para el reembolso de las utilidades, se deberá obtener la respectiva autorización o licencia de cambio, según el caso, previa la presentación a la Oficina de Registro de Cambios, de los balances y documentos que esta oficina solicite para determinar el monto de las utilidades líquidas del capital importado, la disponibilidad en efectivo de las mismas, y para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales".

"**Artículo 10.** Cuando una persona natural o jurídica haya obtenido utilidades con el capital importado y registrado y con créditos obtenidos en el país, sólo podrá remesar las utilidades netas que correspondan proporcionalmente a dicho capital importado.

"**Parágrafo 1o.** Para la aplicación de esta norma se sumarán al capital físico importado las utilidades que hayan sido capitalizadas o que se capitalicen de acuerdo con lo establecido en este artículo.

"**Parágrafo 2o.** Los Bancos extranjeros continuarán sujetos a las normas vigentes que regulan sus actividades.

"**Artículo 11.** Para obtener la autorización de remesa al Exterior de las utilidades que correspondan al capital extranjero importado, deberá comprobarse ante la Oficina de Registro de Cambios, con documentos pertinentes, la manera como fueron obtenidas dichas utilidades".

Por su parte, el Decreto Reglamentario 55 del mismo año expresaba en su artículo 1o.:

"Los préstamos en efectivo a que se refiere el parágrafo único del artículo 1o. del Decreto 1625 de 1951, deberán contar por escrito, y el contrato o documento respectivo requerirá la aprobación previa de la Oficina de Registro de Cambios para los efectos de la inscripción en sus libros.

"La Oficina en ningún caso aceptará tasas de interés superiores al 8o/o anual.

"Quienes importen divisas en la forma antes dicha tendrán derecho a remesar al Exterior los intereses en las fechas convenidas en los respectivos contratos; y después de un año de obtenido el préstamo, a reembolsarlo o a remesar las cuotas de amortización correspondientes.

"Se entenderá en el caso de préstamos en efectivo, que las utilidades a que se refiere el ordinal b) del artículo 3o. del Decreto mencionado son las representadas por dichos intereses, sin que puedan pretenderse utilidades distintas.

"Cuando los intereses correspondientes no se remesen al Exterior porque sus titulares o acreedores resuelvan dejarlos en el país para su capitalización podrán ser objeto de registro previo cumplimiento de las formalidades establecidas en el artículo 4o. del mencionado Decreto 1625.

"Asimismo si los titulares o acreedores de los préstamos en efectivo debidamente registrados determinen cambiar la naturaleza de éstos con el objeto de que se consideren como capital importado, la Oficina de Registro de Cambios, previa solicitud de los interesados, los registrará con este carácter y tendrán los derechos consiguientes".

Una lectura atenta de la Ley 8a. de 1952 del Decreto Reglamentario 55 de 1952, de las disposiciones transcritas hace ver que, dentro de su régimen, se podía registrar en la Oficina de Cambios la importación de capitales extranjeros representados en monedas foráneas convertibles en oro o de libre negociabilidad, o representados en maquinarias o equipos industriales, agrícolas o mineros (Ley 8, arts. 1o. y 2o.). Es decir, que no eran registrables las importaciones de capital representado en especies o bienes distintos de tales maquinarias o equipos, como las materias primas, mercancías elaboradas o semielaboradas, marcas o patentes, por ejemplo.

El hecho de registrarse un capital le concedía a su titular las siguientes prerrogativas reexportarlo en cualquier tiempo, remesar al exterior el monto de las utilidades netas producidas por ese capital o registrar como si fuera nuevo capital importado el valor de tales utilidades, si optaba por no distribuirlas. (Ibid. Arts. 3o. y 7o).

Asimismo, los préstamos extranjeros hechos en dinero efectivo a personas domiciliadas en Colombia podían ser registrados para el titular del crédito o acreedor si su plazo era de un año cuando menos y si la tasa de interés no excedía del 8o/o anual. El registro facultaba a su beneficiario para reexportar el capital prestado, remesar sus rendimientos o capitalizarlos con derecho a registro adicional. (Ibid. Parágrafo Art. 1o., Art. 3o.).

Naturalmente las ventajas concedidas a los créditos foráneos eran para los dueños del capital prestado y de sus intereses o frutos, es decir, para los prestamistas, quienes podían recuperar el capital a medida que el deudor iba amortizando

la obligación y recibir el rendimiento o interés pactado mediante remesas hechas por el deudor en las oportunidades estipuladas, previa obtención de la respectiva licencia de cambio.

Pero en cuanto a esta especie de inversiones privilegiadas, su naturaleza misma indica que el deudor no podía pretender ventajas para él como la de remesar las utilidades que afirmara haber obtenido con el uso inteligente y acertado del dinero que recibió en mutuo, tal como si se tratara de rendimientos logrados con el manejo de su propio capital importado, desde luego que el beneficio directo e inmediato de una y otra especie de capital extranjero le correspondían a su respectivo dueño; el del importado para invertir en el país, al inversionista que lo trajo; el del importado a título de préstamo, al acreedor o prestamista. Y asi como el importador inversionista podía exportar las ganancias obtenidas, el prestamista tenía derecho a recibir en el exterior los frutos de su crédito, es decir, los intereses convenidos con el deudor. Se trata en uno y otro caso de capitales generados fuera de Colombia pero que fructifican para sus respectivos dueños dentro del país bajo el régimen de las leyes nacionales.

Caso distinto es aquel en que, por el buen manejo del crédito obtenido fuera del país, el deudor no solamente consigue restituír lo recibido en mutuo y pagar los intereses sino también un beneficio económico para él, pues lo que entonces acontece es que gracias a la acertada actividad del deudor se genera un nuevo capital, ya colombiano, cuyos beneficios en el futuro han de quedar sujetos al régimen de los capitales criollos, en el cual sería cuando menos exótico o extravagante pretender que existiera el derecho a exportar las utilidades, aún en la hipótesis de que el dueño del capital sea persona extranjera.

Así, pues, dentro del sistema de la Ley 8a., si una persona era a la vez dueña de un capital importado y deudora de prestamistas extranjeros, tenía derecho a remesar utilidades en proporción al monto de su propio capital y carecía de facultad para hacerlo en cuanto a beneficios logrados con el crédito, fuera externo o interno, pues tales beneficios en realidad la hacían dueña de un nuevo capital producido en Colombia.

Los anteriores razonamientos muestran también que el artículo 1o. del Decreto 55 de 1952, reglamentario inicialmente del Decreto Legislativo 1625 de 1951 y luego de la Ley 8a. de 1952, que reprodujo en esencia aquel Decreto, no está viciado de ilegalidad cuando expresa que en tratándose de prestamos extranjeros, sus utilidades remesables están representadas en el valor de los intereses convenidos y no dan derecho, por lo tanto, a ningún otro reembolso al exterior a título de rendimientos, porque así surge de la naturaleza específica del contrato de mutuo: los intereses devengados son

frutos para el acreedor y el costo del préstamo para el deudor, quien no puede saber si obtuvo ganancia o pérdida en el manejo del dinero recibido en mutuo mientras no haya satisfecho tales intereses y los demás gastos o costos necesarios para el funcionamiento de su propio negocio.

Estas mismas razones desvanacen también la aspiración de que, con fundamento en el texto del artículo 10 de la Ley 8a, hubiera podido colacionarse dentro del monto del capital importado con derecho a remesar utilidades el valor de los préstamos obtenidos en el exterior, por la simple circunstancia de que dicha norma sólo mencione como rubro no computable para tal efecto la cuantía de los préstamos recibidos dentro del país, pues en lo que atañe a una y otra especie de créditos acontece lo mismo: el dueño del dinero prestado es el acreedor y, en consecuencia, fructifica para él, obviamente y a expensas del deudor, quien, si consigue algo más al manejarlo, está generando para él y no importando un nuevo capital según quedó visto.

Queda así absolutamente en claro que, dentro del régimen de la Ley 8a. de 1952, sólo deban derecho a remesar utilidades o dividendos: el capital importado por su propio dueño para invertirlo en Colombia, o esas mismas utilidades remesables que fueran reinvertidas como un nuevo aporte de capital al país.

– III –

ANTECEDENTES PROXIMOS DEL JUICIO

Con fundamento en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 17 de diciembre de 1964, ya mencionada anteriormente, la Colombiana de Electricidad reanudó sus gestiones encaminadas a conseguir autorización para girar utilidades obtenidas por ella en los ejercicios de 1955 y 1956, con destino al pago de dividendos decretados para los años de 1956 y 1957 (cinco meses).

De tales gestiones dan cuenta las cartas que se cruzaron en enero 20 y marzo 8 de 1965 los Gerentes de la Compañía y del Banco de la República (fs. 82, 83 y 81), el memorando de la División de Registro de Cambios, Sección de Capitales Extranjeros, de la Superintendencia de Comercio Exterior (fs. 117 a 122) y los documentos que obran de folios 60 a 61, 78 a 79, 5 a 12 y 3 a 4 del expediente que, por su especial importancia, se van a transcribir en seguida:

– I –

"Bogotá, D.E., Septiembre 27 de 1966. No. M–383/66. Señor Doctor. Eduardo Arias Robledo. Gerente del Banco de la República. Ciudad. Ref.: Remesa de los

dividendos de 1956 y primer semestre de 1957 de la Compañía Colombiana de Electricidad. Muy estimado Señor Gerente: De conformidad con su atenta carta GG–3726 de 8 de marzo de 1965, nos dirigímos en comunicación de la misma fecha al Señor Superintendente de Comercio Exterior, acompañando copia formal de la sentencia dictada por el H. Consejo de Estado, sobre el asunto en referencia, con fecha 16 de diciembre de 1964 y solicitando a este alto funcionario el cumplimiento de dicha sentencia, mediante el reconocimiento del derecho restablecido en favor de la Compañía Colombiana de Electricidad por el Consejo de Estado.

"Al dirigirnos al señor Superintendente, de la manera ya dicha, le pusimos en antecedentes del caso, refiriendo la entrevista que celebramos con Ud. y transcribiendo la parte sustancial de nuestra carta del día 20 de enero de 1965, que nos permitimos enviar a Ud. a raíz de la salida de la sentencia a que nos venimos refiriendo.

"La Superintendencia de Comercio Exterior, por medio de la División de Registro de Cambios, Sección de Capitales Extranjeros, llevó a cabo un largo y completo estudio de nuestro asunto, a lo cual cooperamos suministrándole toda la información contable que nos fué solicitada. Como resultado de este estudio, se ha producido el memorandum No. 1060 de 29 de agosto del año en curso, que muestra el derecho a remesar los dividendos de Compañía Colombiana de Electricidad por el año de 1956 y primer semestre de 1967 por un valor en moneda colombiana de $4.285.682.21. Allí mismo se muestra el valor de los impuestos pagados sobre tales dividendos.

"Con base en la sentencia del H. Consejo de Estado y en el memorandum No. 1060, del cual nos permitimos acompañar copia fotostática en la forma más atenta solicitamos a Ud. para los efectos del giro de esos dividendos se sirva dejar establecido que tal giro debe hacerse a la tasa de 250o/o, que era la vigente en la época en que la Compañía solicitó la aprobación de la Oficina de Registro de Cambios y en la cual esta última negó a la Compañía el derecho de hacer la remesa en dólares de Estados Unidos de América de esos dividendos. Por la misma razón de que se trata de restablecer un derecho que fué desconocido, entendemos que es el caso de aplicar el impuesto de giro al 3o/o, que regía entonces.

"Además del memorandum No. 1060 estamos acompañando copia de la sentencia del Consejo de Estado y de nuestras cartas al Banco de la República de fechas 23 y 27 de septiembre de 1957, distinguidas respectivamente con los Nos. 479 y 498 por medio de las cuales nos acogimos a la fórmula principal para el giro o remesa de los dividendos mencionados en dólares de los Estados Unidos de América, propuesta en la Circular del Banco de la República de fecha 4 de septiembre de 1957, marcada con el número 23862. Va adjunta también copia de la carta del Banco de la República dirigida a nosotros el 28 de septiembre de 1957, No. CE26713 por medio de la cual el Banco manifestó su conformidad con la forma de reintegro acogida para el arreglo de la remesa pendiente por concepto de dividendos en el año de 1956 y primer semestre de 1957.

"Anticipando al señor Gerente nuestro agradecimiento por su atención a la presente solicitud, nos suscribimos de Ud. sus seguros servidores.

COMPAÑIA COLOMBIANA DE ELECTRICIDAD

(Fdo.) John D. Snelham. Director Gerente".

— II —

"No. 440. Bogotá, 12 de junio de 1967. señor *John Snelham*. Director Gerente Compañía Colombiana de Electricidad. Apartamento 555 Residencia Tequendama. Ciudad. Estimado señor: El Gerente General del Banco de la República sometió a conocimiento y decisión de la Junta Monetaria la solicitud contenida en su atenta carta de septiembre 27 de 1966, No. M—383/66, sobre el establecimiento del tipo de cambio del 250o/o para girar al exterior los dividendos de 1956 y primer semestre de 1957 de la Compañía Colombiana de Electricidad y de conformidad con las razones que usted aduce y los documentos que acompañó a su carta, entre los cuales se destaca copia de la sentencia del Honorable Consejo de Estado de diciembre 17 de 1964, Sala de lo Contencioso Administrativo. Después de estudiar la Junta muy detenidamente su petición, concluyó en que no está dentro de sus atribuciones el fijar tasas de cambio diferentes o por conceptos distintos a los establecidos en el Decreto 444 de 1967 y que, por lo tanto, está imposibilitada para declarar que los giros por los dividendos de 1956 y primer semestre de 1957 de la Compañía Colombiana de Electricidad, deben verificarse a la tasa de 250o/o. Observó además, que la providencia del Consejo de Estado se limitó a declarar la nulidad de los actos administrativos de la Oficina de Registro de Cambios, pero no estableció el derecho de girar utilidades a una tasa de cambio determinada. Sin otro particular nos suscribimos de usted con toda atención. *Junta monetaria.* Secretario Ad-Hoc."

— III —

"Señor Presidente y Señores Miembros de la *Junta Monetaria de la República de Colombia.* E.S.D. Yo, *John D. Snelham* en mi calidad de Director Gerente y apoderado general de la Compañía Colombiana de Electricidad, sociedad constituida de acuerdo con las leyes del Estado de Florida legalmente autorizada para operar en la República de Colombia domiciliada en Barranquilla, atentamente me permito exponer lo siguiente:

"**Primero.** Al entrar en vigencia la Ley 8a. de 1952, la Oficina de Registro de Cambios inspeccionó los libros de la Compañía según el acta de 20 de diciembre de 1951, que sirvió de base para que esa oficina entregara a la Compañía los registros de capital importados Nos. 16446, 16447 y 16453.

"**Segundo.** En todos y cada uno de los años 1951, 1952, 1953, 1954 y 1955 la Compañía presentó a la Oficina de Registro de Cambios el correspondiente programa anual de dividendos para su aprobación y giro en dólares de los Estados Unidos de América; y anualmente dicha Oficina aprobó esos dividendos y autorizó definitivamente su remesa al extranjero, constituyendo así cada aprobación un acto

administrativo completo y definitivo, que sancionaba una facultad legal ejercida debidamente por la Compañía.

"**Tercero**: El 9 de Abril de 1956, por nota No. 795, la Compañía Colombiana de Electricidad pidió, lo mismo que los años anteriores, que se le dejara remesar, por concepto de dividendos en el año de 1956 las sumas correspondientes a las utilidades provenientes de los capitales importados, las cuales, de acuerdo con los balances de la Compañía y hechas las deducciones por los impuestos que debían retenerse en la fuente ascendían a US$1.197.912.98.

"**Cuarto**. Al solicitar la Compañía las divisas correspondientes a los dividendos de 1956, la Oficina de Registro de Cambios resolvió aplicar al capital prestado en efectivo, en moneda extranjera, por escrito y a largo plazo, registrado en la Oficina de Registro de Cambios como capital importado, según notas Nos. 2/16453 y 2/16446, ambas de 18 de Junio de 1952, el procedimiento que de modo restrictivo establece el artículo 10 de la Ley 8a. de 1952 para préstamos obtenidos en el país, en lugar de seguir aplicando la regla del parágrafo del artículo 1o. y del artículo 3o. de la indicada Ley 8a. Con esa interpretación no sólo desconoció la Oficina de Registro de Cambios el derecho de la Compañía a remesar los dividendos sino que en su memorandum No. 3293 de 4 de Diciembre de 1956 consignó una de las resoluciones acusadas.

"**Quinto**. El 7 de Noviembre de 1959 el Doctor Eduardo Zuleta Angel obrando como apoderado de la Compañía Colombiana de Electricidad le pidió al Honorable Consejo de Estado que decretara la nulidad de las resoluciones contenidas en el memorando de la Oficina de Registro de Cambios distinguida con el No. 3293, de 4 de diciembre de 1956; en la nota remisoria de ese memorando fechado el 31 de Enero de 1957 distinguida con el No. 2/00903 y en la nota de la misma oficina fechada el 9 de julio de 1959.

"**Sexto**: Por medio de demanda presentada el 16 de marzo de 1960 ante el propio Consejo de Estado el mismo doctor Eduardo Zuleta Angel, obrando también como apoderado de la mencionada Compañía Colombiana de Electricidad, pidió que se decretara la nulidad de la resolución contenida en la nota No. 7–7205 de 12 de Noviembre de 1959 dirigida por la Oficina de Registro de Cambios a la Compañía Colombiana de Electricidad.

"**Séptimo**: Los dos juicios a que dieron origen las demandas mencionadas en los puntos anteriores, juicios radicados bajo los números 848 y 982, se tramitaron separadamente hasta el primero de julio de 1960, fecha en que, a virtud de la solicitud formulada por el doctor Zuleta Angel en el memorial de 6 de junio del mismo año, se acordó la acumulación de ellos por haberse ejercitado en las dos demandas la misma acción, figurar en éstos las mismas partes y haberse invocado la misma causa petendi.

"**Octavo**: Con fecha 17 de diciembre de 1964 la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante ponencia del Honorable Señor Consejero Francisco Eladio Gómez G., dictó la sentencia en virtud de la cual se declaró la nulidad de las decisiones contenidas en el memorando No. 3293 de 4 de

diciembre de 1956 y en los oficios números 2/00903, J–4289 y J–7205 pronunciadas por la Oficina de Registro de Cambios del Banco de la República el 31 de enero de 1957, 9 de julio de 1959 y 12 de noviembre del mismo año.

"**Noveno**: Esa sentencia lleva las firmas de los Honorables Consejeros Señores Gabriel Rojas Arbeláez, Carlos Gustavo Arrieta, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Alejandro Domínguez Molina y Francisco Eladio Gómez y fué aprobada por unanimidad, sin salvamento de voto.

"**Décimo**: Las decisiones cuya nulidad decretó el Consejo de Estado en la sentencia que se acaba de citar le negaban a la Compañía demandante el derecho reclamado oportunamente por élla, de remesar al exterior, al cambio vigente entonces, la suma de US$1.197.912.98 por concepto de dividendos correspondientes al ejercicio social de 1956, de acuerdo con los balances presentados oportunamente así como el derecho de remesar la suma de US$520.584.91 por concepto de dividendos correspondientes a los primeros cinco meses de 1957.

"**Undécimo**: Con la mencionada sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de 17 de diciembre de 1964, quedó clara y definitivamente establecido que eran nulas, por ilegales las decisiones de la Oficina de Registro de Cambios del Banco de la República que le habían negado a la Compañía Colombiana de Electricidad el derecho de remesar al exterior las sumas indicadas en el punto Sexto.

"**Décimo Segundo**: En la fecha en que la Compañía ejercitó su derecho de pedir que se le permitiera remesar al exterior las expresadas sumas de US$1.197.912.98 y US$520.584.91, correspondientes a los dividendos que debía pagar en el exterior por concepto de utilidades obtenidas en el año 1956 y 1957 (primeros cinco meses de este año) la tasa oficial de cambio en Colombia era del 2.51o/o con respecto al dólar, o sea que un dólar equivalía a PS. 2.51.

"**Décimo Tercero**. Ejecutoriada la varias veces mencionada sentencia del Consejo de Estado, la Compañía Colombiana de Electricidad comenzó a hacer las gestiones para que ese fallo se ejecutara o sea para que se le entregaran por el Banco de la República o sus respectivas dependencias a la tasa del 250o/o las sumas en dólares a que se refiere el punto Sexto.

"**Décimo Cuarto**: El 27 de septiembre de 1966 la Compañía dirigió al Banco de la República la nota No. M–383/66 que dice: "No. M–383/66. Señor doctor Eduardo Arias Robledo., Gerente del Banco de la República, Ciudad. Ref: Remesa de los dividendos de 1956 y primer semestre de 1957 de la Compañía Colombiana de Electricidad. Muy estimado Señor Gerente: De conformidad con su atenta carta GG–3726 de 8 de Marzo de 1965, nos dirigimos en comunicación de la misma fecha al Señor Superintendente de Comercio Exterior, acompañando copia formal de la sentencia dictada por el H. Consejo de Estado, sobre el asunto en referencia, con fecha 16 de diciembre de 1964 y solicitando a este alto funcionario el cumplimiento de dicha sentencia, mediante el reconocimiento del derecho restablecido en favor de la Compañía Colombiana de Electricidad por el Consejo de Estado.

"Al dirigirnos al Señor Superintendente, de la manera ya dicha, le pusimos en antecedentes del caso, refiriendo la entrevista que celebramos con Usted y transcribiendo la parte sustancial de nuestra carta del día 20 de Enero de 1965, que nos permitimos enviar a Usted a raíz de la sentencia a que nos venimos refiriendo.

"La Superintendencia de Comercio Exterior, por medio de la División de Registro de Cambios, Sección de Capitales Extranjeros, llevó a cabo un largo y completo estudio de nuestro asunto, a lo cual cooperamos suministrándole toda la información contable que nos fué solicitada. Como resultado de ese estudio, se ha producido el memorandum No. 1060 de 29 de Agosto del año en curso, que muestra el derecho a remesar los dividendos de Compañía Colombiana de Electricidad por el año de 1956 y primer semestre de 1957 por un valor en moneda colombiana de $4.285.682.21. Allí mismo se muestra el valor de los impuestos pagados sobre tales dividendos.

"Con base en la sentencia del H. Consejo de Estado y en el memorandum No. 1060, del cual nos permitimos acompañar copia fotostática, en la forma más atenta solicitamos a Usted para los efectos del giro de esos dividendos se sirva dejar establecido que tal giro debe hacerse a la tasa de 250o/o, que era la vigente en la época en que la Compañía solicitó la aprobación de la Oficina de Registro de Cambios y en la cual esta última negó a la Compañía el derecho de hacer la remesa en dólares de Estados Unidos de América de esos dividendos. Por la misma razón de que se trata de restablecer un derecho que fue desconocido, entendemos que es el caso de aplicar el impuesto de giro al 3o/o, que regía entonces.

"Además del memorandum No. 1060 estamos acompañando copia de la sentencia del Consejo de Estado y de nuestras cartas al Banco de la República de fecha 23 y 27 de septiembre de 1957, distinguidas respectivamente con los números 479 y 498 por medio de las cuales nos acogimos a la fórmula principal para el giro o remesa de los dividendos mencionados en dólares de los Estados Unidos de América, propuesta en la Circular del Banco de la República de fecha 4 de septiembre de 1957, marcado con el número 23862. Va adjunta también copia de la carta del Banco de la República dirigida a nosotros el 28 de septiembre de 1957, No. CE–26713 por medio de la cual el Banco manifestó su conformidad con la forma de reintegro acogida para el arreglo de la remesa pendiente por concepto de dividendos en el año de 1956 y primer semestre de 1957.

"Anticipando al Señor Gerente nuestro agradecimiento por su atención a la presente solicitud, nos suscribimos de Usted sus seguros servidores. *Compañía Colombiana de Electricidad.* John D. Snelham. Director Gerente".

"Décimo Quinto. El Banco de la República contestó esa nota así: "Bogotá, 12 de Junio de 1967. "Señor. John D. Snelham. Director Gerente. Compañía Colombiana de Electricidad. Apartamento 555 Residencias Tequendama. Ciudad. Estimado Señor: El Gerente General del Banco de la República sometió a conocimiento y decisión de la Junta Monetaria la solicitud contenida en su atenta carta de septiembre 27 de 1966, No. M–383/66, sobre el establecimiento del tipo de cambio del 250o/o para girar al exterior los dividendos de 1956 y primer semestre de 1957

de la Compañía Colombiana de Electricidad y de conformidad con las razones que usted aduce y los documentos que acompañó a su carta, entre los cuales se destaca copia de la sentencia del Honorable Consejo de Estado de Diciembre 17 de 1964, Sala de lo Contencioso Administrativo.

"Después de estudiar la Junta muy detenidamente su petición, concluyó en que no está dentro de sus atribuciones el fijar tasas de cambio diferentes o por conceptos distintos a los establecidos en el Decreto 444 de 1967 y que, por tanto, está imposibilitada para declarar que los giros por los dividendos de 1956 y primer semestre de 1957 de la Compañía Colombiana de Electricidad, deben verificarse a la tasa del 250o/o. Observó, además, que la providencia del Consejo de Estado se limitó a declarar la nulidad de actos administrativos de la Oficina de Registro de Cambios, pero no estableció el derecho de girar utilidades a una tasa de cambio determinada.

"Sin otro particular, nos suscribimos de usted con toda atención, *Junta Monetaria.* Secretario Ad hoc".

* * *

"La Junta Monetaria afirma que no está dentro de sus atribuciones el fijar tasas de cambios diferentes o por conceptos distintos a los establecidos en el Decreto 444 de 1967. Pero lo que ha solicitado la Compañía Colombiana de Electricidad no es la fijación de una tasa de cambio especial, sino la aplicación correcta de disposiciones legales que fueron violadas por la Oficina de Registro de Cambios.

"Los actos ilegales de la mencionada Oficina impidieron a la Compañía ejercer oportunamente el derecho de remesar los dividendos a la tasa de cambio que regía para el año de 1956 y el primer semestre de 1957 y no es justo que sea la misma Compañía la que tenga que soportar las consecuencias de la violación de la Ley.

"Es un principio general de derecho que el que ha cometido una infracción que infiere daño a otro, está obligado a la indemnización y de esta regla no están exentos ni la Administración Pública ni el Banco de la República, sea que obre éste último como persona de derecho privado o como Agente del Gobierno Nacional.

"En consecuencia, me permito formular las siguientes peticiones:

"1. Que se autorice a la Compañía Colombiana de Electricidad el giro al Exterior de la suma de US$1.197.912.98 por concepto de dividendos correspondientes al ejercicio social de 1956 y el giro de la suma de US$520.584.91 por concepto de dividendos correspondientes a los cinco primeros meses de 1957, mediante la entrega por parte de la Compañía Colombiana de Electricidad al Banco de la República de la suma de pesos equivalentes esas cantidades liquidada al tipo de cambio de $2.50 por cada dólar.

"La diferencia entre ese tipo de cambio y el que rija en la fecha de la remesa deberá ser pagada por el Banco de la República con cargo a la cuenta especial de cambios de que habla el Artículo 46 de la Ley 1a. de 1959.

"2. Que en subsidio el Banco de la República, que en este caso ha obrado como Agente del Gobierno Nacional de acuerdo con lo previsto por la Ley 1a. de 1959, Parágrafo del Artículo 46, indemnice a la Compañía Colombiana de Electricidad por los perjuicios que sufrió al impedírsele remitir las cantidades expresadas en la petición principal al tipo de cambio de $2.50 por cada dólar, mediante el reintegro a la Compañía Colombiana de Electricidad de la diferencia entre el mencionado tipo de cambio y el que rija en la fecha en que se remesen al exterior las mencionadas sumas. *Compañía Colombiana de Electricidad.* (Fdo.). John D. Snelham. Director Gerente".

"Febrero 19 de 1970".

— IV —

"Bogotá, Julio 2 de 1970. Señor Don John D. Snelham. Director Gerente. Compañía Colombiana de Electricidad. Residencias Tequendama, 555. L.C. Apreciado Señor: La Junta Monetaria ha tenido oportunidad de analizar con detenimiento su atenta carta del 19 de febrero del presente año en la que se incluyen algunas peticiones referentes a la manera como habrá de verificarse el giro que por concepto de dividendos correspondientes a los ejercicios sociales de 1956 y 1957 proyecta realizar la compañía que usted dirige.

"Cumpliendo instrucciones de la Junta Monetaria me permito poner en su conocimiento las determinaciones adoptadas por esta Corporación respecto al caso planteado por ustedes:

"a) Ni la Junta Monetaria ni la Oficina de Cambios tienen facultad legal para fijar una tasa de cambio para los giros al exterior de $2.50, como tampoco están facultadas para establecer un mecanismo por el cual, afectando la cuenta especial de cambios, se obtenga un resultado similar al de autorizar una tasa de cambio del $2.50.

"b) La providencia que dictó el 17 de diciembre de 1964 el Consejo de Estado en virtud de la cual se declaró la nulidad de diversos actos administrativos de la Oficina de Registro de Cambios de aquel entonces, por una parte, no restableció derecho alguno; ni en el juicio de nulidad se ventilaron problemas relativos a la vigencia de tasas de cambio.

"c) Cualquier indemnización que deba asumir el Estado Colombiano debe estar fundada en una sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada para tener efecto cohercitivo (sic), por tanto, no es la Junta Monetaria quien debe decidir sobre cuestiones relativas a indemnizaciones, ni controvertir sobre la justicia de los actos expedidos por los agentes del Estado y sus consecuencias.

"d) Ha querido finalmente observar esta Corporación, cómo los dineros que no fue posible girar durante los años 1956 y 1957, se presume que deben haber rentado en proporción suficiente para asumir los mayores costos que implica la tasa de cambio actual. Atentamente, Juan Camilo Restrepo. Secretario Encargado".

Este último es el acto acusado en el presente juicio.

– V –

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los documentos transcritos en el Capítulo anterior, dejan en claro los siguientes hechos:

a) Que la Junta Monetaria, en su oficio del 12 de junio de 1967, denegó las peticiones formuladas por la Colombiana de Electricidad en su carta del 27 de septiembre de 1966 (documentos I y II anteriores);

b) Que, tras un largo silencio, superior a dos años, la Compañía volvió a solicitarle a la Junta Monetaria autorización para hacer las remesas tantas veces mencionadas a la tasa del 250o/o, en términos un poco más extensos que los de la petición primitiva pero esencialmente encaminados a lo mismo y que la Junta, en oficio del 2 de julio de 1970 volvió a denegarle sus pretensiones (documentos III y IV anteriores).

Cabe preguntar entonces qué consecuencias jurídicas acarrean para la empresa demandante las actuaciones anteriores?

El artículo 45 de la Constitución les reconoce a los gobernados el derecho de presentarles peticiones a las autoridades y de obtener de ellas pronta respuesta sobre las cuestiones de interés general o particular materia de la solicitud.

Pero, como es natural, el ejercicio de ese derecho no puede estar sujeto al simple albedrío del peticionario para que pueda éste presentar en forma continuada o esporádica una misma solicitud ante los funcionarios, aunque ellos desde un principio ya se hayan pronunciado sobre la aspiración concreta de que se trate. Si aconteciera así, ninguna agencia gubernamental tendría tiempo para ocuparse de asuntos nuevos o para atender a la prestación de los servicios fundamentales que corresponden al Estado como personero de la colectividad. Su labor estaría reducida a repetir de modo rutinario las soluciones dadas a los negocios remansados en ella por la voluntad exclusiva de unos mismos, constantes y crónicos peticionarios.

Del propio modo, sin embargo, el ejercicio de un derecho tan importante para el particular, como lo es el de petición, tampoco puede reducirse a que las oficinas del Gobierno decidan en forma omnimoda y definitiva sobre las cuestiones planteadas por el solicitante y sin que éste pueda aspirar a que se modifiquen o revoquen las soluciones primitivas. Una organización democrática y justa del Estado exige que el particular inconforme con la primera decisión pueda acudir de nuevo, dentro de plazo razonable claro está, ante el mismo funcionario, ante el superior jerárquico de éste y aún ante un organismo jurisdiccional para buscar el triunfo de sus aspiraciones si se acomodan a los dictados de la ley.

Todos los motivos anteriores imponen la necesidad de que existan preceptos que regulen el ejercicio del derecho de petición, establezcan recursos contra lo resuelto inicialmente por la autoridad y fijen plazos para interponerlos y para que aquella se pronuncie sobre el nuevo reclamo del gobernado —Esta es la razón de ser del Decreto Ley 2733 de 1959, que establece el procedimiento general u ordinario para el trámite de los asuntos que se presenten ante los funcionarios de la orbita nacional.

De acuerdo con este ordenamiento, cuando el peticionario no queda satisfecho con la solución dada inicialmente a sus pretensiones puede interponer contra ella los recursos de reposición o de apelación, según el caso, dentro de los plazos que al efecto establecen las normas del Decreto 2733 y si después de surtidos los recursos pertinentes, es decir, de haberse agotado el trámite ante la Administración, subsiste la inconformidad del solicitante, puede acudir ante los organismos de lo contencioso administrativo por la vía de la plena jurisdicción y dentro del término legalmente hábil para hacerlo, a demandar el restablecimiento o el reconocimiento de los derechos que considere le fueron vulnerados o desconocidos por la autoridad gubernamental.

Claro está que si el particular interesado no recurre ante la Administración o ante los tribunales de lo contencioso dentro de los plazos legalmente prestablecidos para hacerlo, sus pretensiones quedarán definitivamente insatisfechas porque sus intentos posteriores para plantearlas de nuevo resultarán fallidos frente a la decisión anterior y ya en firme del funcionario gubernamental.

Y esto acontece aún en la hipótesis prevista por el Capítulo III del Decreto Ley 2733, el llamado recurso de revocación directa, porque el artículo 23 del mismo Decreto estatuye expresamente que ni la petición de revocatoria de un acto ni la providencia que decida sobre élla hacen revivir los términos que hubieran existido para impugnar ese acto por la vía contencioso administrativa y que ya estén caducados.

Al aplicar estas reflexiones en el asunto *sub judice* donde según quedó visto, en junio 12 de 1967 la Junta Monetaria resolvió negativamente la solicitud de la Compañía Colombiana de Electricidad para que se le autorizara hacer unas remesas de dólares al exterior a la tasa del 250o/o, sin que la peticionaria reclamara oportunamente por la vía gubernativa o por la vía contenciosa contra aquella decisión desfavorable, viene a quedar en claro que la nueva petición en el mismo sentido hecha por la Compañía en febrero 20 de 1970 ante la propia Junta Monetaria no pudo revivir el plazo hábil que legalmente tuvo la solicitante para impugnar ante el Consejo de Estado aquel acto de la Junta y para impetrar el reconocimiento de la pretención que ese mismo acto le negaba.

En efecto, entre el día en que le fue comunicada a la Compañía la decisión adversa de la Junta, 12 de junio de 1967, y el día en que fue introducida la presente demanda, 2 de noviembre de 1970 (f. 55), transcurrieron mucho más de los cuatro meses que el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo concede para el ejercicio oportuno de la acción de plena jurisdicción.

Se encuentra, por lo tanto, caducada la acción para impugnar el acto de la Junta Monetaria que denegó realmente las pretensiones de la Colombiana de Electricidad a que este juicio se refiere, desde luego que la segunda solicitud hecha en el mismo sentido de la primera, que presentó la Compañía a la Junta en febrero de 1970 y la segunda negativa de la Junta, comunicada a la peticionaria en julio del mismo año, equivalen apenas a que una y otra parte reiteraron sus respectivas posiciones jurídicas sobre el tema de las remesas de utilidades, posiciones que ya eran conocidas desde junio de 1967. O equivalen a lo sumo estas nuevas actuaciones cumplidas en 1970 a un intento de la Colombiana para conseguir la revocatoria directa del acto de la Junta expedido en 1967 y adverso a sus intereses. Intento que, como aparece del oficio fechado el 2 de julio de 1970, le resultó fallido.

Por lo demás, aunque sólo se tuviera en cuenta la circunstancia de que el oficio de la Junta Monetaria fechado el 2 de julio de 1970 si fue acusado dentro de tiempo y de que llegara a prosperar la demanda contra él, nada habría avanzado la Colombiana de Electricidad en la defensa de sus pretensiones, pues de todos modos continuarían denegadas en forma definitiva a virtud de la decisión contenida en el oficio de la Junta del 12 de junio de 1967, inatacable ya cuando la demanda que se estudia fue presentada, según quedó visto.

En efecto: impugnar aquel oficio de julio de 1970, estableciendo el equívoco de su identidad con el de junio de 1967, por provenir ambos de la Junta Monetaria, con el propósito de acusar también este último a través de la

demanda oportuna contra el de 1970, es artificio procesal inadmisible e inútil además, como es obvio.

Esclarecido como está que la acción se encuentra caducada, no hay lugar a ningún pronunciamiento de fondo sobre las súplicas hechas en el libelo.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, oído el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

No hay lugar a decidir sobre las pretensiones contenidas en la demanda, por estar caducada la acción.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y archívese.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue estudiada y aprobada por la Sala en las sesiones del 2 y 9 de marzo de mil novecientos setenta y dos.

Juan Hernández Sáenz — Hernando Gómez Mejía — Miguel Lleras Pizarro — Gustavo Salazar T.

Hernando Franco Rojas
Secretario.

INSTITUTO NACIONAL DE ABASTECIMIENTOS "INA"

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION. El criterio diferenciador de los contratos que celebra la Administración es el de la llamada "Cláusula exorbitante", una de las cuales es la conocida como la caducidad. Incidencia de la noción de "servicio público" en los contratos administrativos.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: CLAUSULA DE CADUCIDAD. La caducidad es la estipulación mediante la cual se otorga a los entes públicos la facultad de dar por terminado un contrato cuando a juicio de los mismos el contratante ha incurrido en una de las causales de incumplimiento de lo convenido, pactada como generadora de la sanción. Nuestro derecho público obliga unas veces y otras permite pactar la cláusula de caducidad dando una libertad a las personas públicas para establecer la obligación a las exigencias de las necesidades del servicio público. La Administración puede condicionar la aplicación de la caducidad a que la causal suceda sin justa causa por parte del contratista.

DEMANDA. CADUCIDAD Y PRESCRIPCION DE LA ACCION. Si una demanda es instaurada dentro de los términos que la Ley concede no puede decirse que opera la caducidad de la acción por no haber sido la misma admitida por el Consejo o por los Tribunales Administrativos, antes de vencerse dicho plazo.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Bogotá, D.E., marzo trece de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Carlos Portocarrero Mutis.

Ref. Expediente No. 690. Ord. Indemnizaciones.

Actor: Sociedad Constructora Ltda.

La sociedad Constructora Ltda. y los señores Guillermo Gómez Segura y Pedro Emilio Thomas, por medio de apoderado han solicitado del Consejo de Estado que con citación y audiencia del Sr. Agente del Ministerio Público y del *Instituto Nacional de Abastecimientos,* se hicieran éstas o semejantes declaraciones:

> "**Primera.** Son nulas, por ilegales, las Resoluciones Números 55 de 28 de septiembre y 63 de 18 de noviembre de 1965, provenientes del Instituto Nacional de Abastecimientos *(Ina),* por medio de las cuales se decreta la caducidad del contrato a que ellas se refieren y se resuelve un recurso, actos administrativos sobre los cuales versan los hechos de esta demanda.
>
> "**Segunda.** *La sociedad Constructora Limitada,* o *Guillermo Gómez Segura* y *Pedro Emilio Thomas,* como sus socios o como simples personas naturales, están exentos de toda responsabilidad en lo que hace relación al cumplimiento de las obligaciones

contenidas en el contrato No. 00529 mencionado, y en consecuencia, se hallan a paz y salvo, por todo concepto, con el Instituto Nacional de Abastecimientos o la Nación, no habiendo, por tanto, razón o derecho para hacer efectiva la fianza de la Compañía *Seguros Colombia S.A.*, debiendo a la vez, reintegrar a los demandantes las sumas de dinero retenidas o descontadas, en el término de diez días.

"**Tercera.** El Instituto Nacional de Abastecimientos, o la Nación, pagará a la *Sociedad Constructora Limitada,* o a *Guillermo Gómez Segura* y *Pedro Emilio Thomas,* o a quien sus derechos represente, dentro del término que se señala, a título de indemnización de los perjuicios causados con motivo de la declaración de caducidad del contrato No. 00529 mencionado, la suma de *Quinientos mil pesos* ($500.000.oo) moneda legal, o en su defecto la que se le determine en el curso del juicio.

"**Cuarta.** El Instituto Nacional de Abastecimientos *(Ina)* pagará las costas y costos del presente juicio".

Los hechos fundamentales de la acción se relatan en la demanda así:

"**Primero.** El establecimiento público denominado *Instituto Nacional de Abastecimientos (Ina),* representado por su Gerente Jaime Paredes Tamayo, celebró con mis mandantes, el día 21 de julio de 1964, contrato administrativo distinguido con el número 00529.

"**Segundo.** El objeto de dicho contrato administrativo fue la construcción y montaje, por parte de la *Sociedad Constructora Ltda.*, de sus socios, de las obras para la *Distribuidora del Ina* en la ciudad de Popayán.

"**Tercero.** El mencionado contrato No. 00529 fue aprobado por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Abastecimientos *(Ina)* en su sesión del día 29 de julio de 1964, Acta No. 627, tal como consta al final del texto del mismo.

"**Cuarto.** El Instituto se obligó a pagar al constructor, por la ejecución total del contrato, la suma de un millón doscientos veintiún mil cuatrocientos veinticuatro pesos con treinta y un centavos ($1.221.424.31) moneda legal, en las condiciones señaladas en la respectiva cláusula.

"**Quinto.** La construcción de las obras debía realizarse dentro del plazo de trescientos días *calendario,* contados a partir de la terminación del plazo de iniciación, o sea del día 14 de septiembre de 1964.

"**Sexto.** El valor del contrato, mencionado en el hecho cuarto, comprendía: a) compra de equipo y herramientas, prestaciones sociales, incluyendo la indemnización de accidentes de trabajo, los servicios de sanidad, etc., las primas de seguros, los impuestos, los servicios técnicos, la dirección de los trabajos, los gastos de administración, los gastos imprevistos, la utilidad del constructor y los gastos necesarios para la remoción y limpieza de sobrantes; b) Los gastos ocasionados por la comprobación de la calidad y resistencia de los materiales y suelos usados; c) el

valor de los derechos de uso de patentes o regalías; d) el valor de todos los materiales de construcción, inclusive los suministrados por el mismo Instituto.

"**Séptimo**. Para garantizar el cumplimiento del contrato, mis mandantes constituyeron fianza por valor de *doscientos cuarenta y cuatro mil doscientos ochenta y cuatro pesos con ochenta y seis centavos ($244.284.86) M/C.*, equivalente al 20o/o del valor del contrato, según certificado de Seguro No. 3339 de 4 de septiembre de 1964 de la Compañía de *"Seguros Colombia S.A."* modificado por el certificado No. 3198 del mismo mes y año expedido por la misma Compañía. La fianza fue debidamente aprobada por la Auditoría Fiscal de la Contraloría General de la República ante el *Ina.*

"**Octavo**. El 23 de diciembre de 1964, se suscribió entre el *Ina* y la *Sociedad constructora Ltda.*, el Acta No. 4, por medio de la cual se convino un 'aumento de cantidad de obra del contrato, obras adicionales con precios no previstos, anulación de algunos Items del contrato y modificación en los precios unitarios de otros'; como consecuencia de este acuerdo se hizo necesario ampliar el plazo para la terminación y entrega de las obras en su totalidad, hasta el día 25 de julio de 1965, e igualmente se elevó el valor del mismo en la suma de *ochenta y nueve mil trescientos setenta pesos con cincuenta y cuatro centavos ($89.370.54) M/C.*

"**Noveno**. Nuevamente, el 15 de marzo de 1965, por Acta No. 5, se aumentó el valor del contrato y se amplió el plazo para la terminación y entrega de la obra total, hasta el día 4 de agosto de 1965, variándose el plan de trabajos.

"**Décimo**. El *Ina* se mantenía al tanto de la ejecución del contrato y en especial sobre el desarrollo del Plan de Trabajo, mediante un Interventor con funciones definidas en el mismo contrato.

"**Décimo primero**. La cláusula décima novena del contrato, prevee como causal para declarar la caducidad del mismo, entre otras, las siguientes: 'c) Si al vencimiento de algunos de los períodos de reajuste previstos en la cláusula décima, el *Contratista,* sin causa justificada, no ha realizado los trabajos, programados para el período respectivo... 'h) Si el *contratista,* faltare al cumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones que contrae por medio del presente contrato por culpa que le sea imputable'.

"**Décimo segundo**. Con fecha 1o. de marzo de 1965, los demandantes dirigieron al *Ina,* un oficio en el que explican detalladamente las causas del atraso en la ejecución de las obras. El 10 de los mismos mes y año, el Sub–Gerente General del Instituto respondió con el oficio No. 5822, en el cual se reconoce la existencia de las causales invocadas, sin encontrarlas satisfactorias.

"**Décimo tercero**. Los demandantes solicitaron al Instituto en comunicaciones de fechas 2 de junio y 2 de julio de 1965, se les concediera una ampliación del plazo previsto y un reajuste en el valor de los precios unitarios pactados, invocando hechos claros y el concepto del Interventor.

"Décimo cuarto. El *Ina no* decidió la solicitud de que trata el hecho anterior, pero en cambio, el día 30 de julio de 1965, en oficio No. 16326 originado en la Secretaría General, dice a los demandantes: 'Ustedes deberán prorrogar las fianzas de la referencia hasta el 31 de diciembre del presente año, fecha aproximada que Ustedes han señalado como límite para la terminación de las obras, sin que esto implique que se les haya prorrogado el plazo del contrato'. Tal decisión de la Junta Directiva fue tomada, según Acta. No. 706.

"Décimo quinto. Dando respuesta al oficio de que trata el hecho inmediatamente anterior, el 13 de agosto de 1965, los demandantes dirigieron al *Ina* una comunicación explicando la imposibilidad de acceder a la prórroga de la fianza, en tanto no se definiera la ampliación del plazo, como lógicamente lo pedía la Compañía Aseguradora, y al final agregaron: 'por consiguiente la solución aceptable del problema no es para nosotros sólo la ampliación del plazo sino la actualización de los precios unitarios de acuerdo con la realidad, sólo así podremos continuar y terminar la obra contratada'.

"Décimo sexto. Los demandantes presentaron el día 14 de junio de 1965 la cuenta de cobro No. 04 ('por obra ejecutada'), cuenta que no fue pagada, a pesar de que a la fecha de la entrega parcial de obra, la respectiva fianza estaba vigente, tal como lo hicieron constar en la citada comunicación de 13 de agosto del mismo año.

"Décimo séptimo. Según balance de fecha 8 de septiembre de 1965, aprobado por el Ingeniero Interventor de las obras, los demandantes habían invertido en las mismas, hasta esa fecha, una suma mayor a la recibida del *Ina,* la cual les significaba una pérdida total de *doscientos sesenta y tres mil pesos con sesenta y cuatro centavos ($263.000.64) M/C.* De ello advirtieron oportunamente al Instituto en varias comunicaciones, entre otras en la de 27 de agosto de 1965. Los documentos contables que respaldan tal balance están ratificados y suscritos por los funcionarios de la Contraloría General de la República.

"Décimo octavo. Las reclamaciones de mis mandantes no tuvieron respuesta oportuna y adecuada por parte del Instituto.

"Décimo noveno. La Junta Directiva del *Ina,* en su sesión del día 9 de septiembre de 1965, según Acta. No. 712 dispuso la caducidad del contrato No. 00529.

"Vigésimo. En virtud de la determinación tomada por la Junta Directiva del Instituto, su Gerente dictó, con fecha 28 de septiembre de 1965, la resolución No. 55 decretando la caducidad del contrato e imponiendo sanciones pecuniarias a mis mandantes y haciendo efectiva la garantía o fianza otorgada por la Compañía de Seguros Colombia S.A.

"Vigésimo primero. Con el fín de obtener, por la vía gubernativa, la revocatoria de la resolución No. 55 de 28 de septiembre de 1965, mis mandantes, por medio de apoderado, interpusieron el recurso de reposición en armonía con las disposiciones legales del caso, exponiendo a la vez las razones de orden jurídico pertinentes.

"**Vigésimo segundo**. Por medio de la resolución No. 63 emanada en la Gerencia General del *Ina.*, que tiene fecha 18 de noviembre de 1965, se resolvió el recurso de reposición negándose la revocatoria de la resolución No. 55; manteniendo, por tanto, en firme lo determinado en ella y declarando, a la vez, agotada la vía gubernativa.

"**Vigésimo tercero**. La providencia de que trata el hecho inmediatamente anterior fue notificada al apoderado de mis mandantes Dr. Mauricio Sarria B., el 4 de diciembre de 1965.

"**Vigésimo cuarto**. Mis mandantes en desarrollo y cumplimiento del contrato a que se refiere el hecho primero, están exentos de dolo, culpa o de cualquier acto, hecho u operación, que comprometa su responsabilidad, pues los motivos invocados para declarar la caducidad no existieron realmente, y en todo caso son ajenos a su voluntad.

"**Vigésimo quinto**. La conducta del *Ina*, la ilegal terminación del contrato y las sanciones consiguientes, han causado y causarán perjuicios materiales y morales a mis mandantes.

"**Vigésimo sexto**. Los demandantes, a instancias del *Ina,* hicieron entrega de las obras por ellos ejecutadas al Ingeniero Dionisio Velasco Velasco, interventor representante del *Ina.*, según consta en el Acta respectiva.

"**Vigésimo séptimo**. La Sociedad Cosntructora Ltda., es una sociedad de responsabilidad Limitada, constituída por escritura pública No. 1501, de 24 de noviembre de 1955, registrada bajo la Partida No. 769, Folio 51 a 54 del 6o. Libro de Registro de Extractos, Actas y Poderes de la Cámara de Comercio del Cauca, en la misma fecha; tiene como domicilio principal la ciudad de Popayán, gira bajo la razón social *"Sociedad Constructora Ltda"*; tiene como objeto social la construcción y dirección de obras de ingeniería; son sus únicos socios los Ingenieros *Guillermo Gómez Segura* y *Pedro Emilio Thomas;* su representante legal es el Ingeniero *Guillermo Gómez Segura"*.

"....."

Admitida la demanda se hizo parte coadyuvante de los intereses de los demandantes la *Sociedad "Seguros Colombia S.A."* como garante que fue de la firma constructora en el contrato cuya caducidad decretó el *"Ina"*. Igualmente, se constituyó como parte impugnadora de las pretensiones del libelo el *Instituto Nacional de Abastecimientos "Ina"*, el que por intermedio de su apoderado, pidió que se declarara que la acción se encuentra prescrita y que se negaran las peticiones de los demandantes.

El señor Fiscal de la Corporación al emitir su concepto de fondo es de opinión que las peticiones de la demanda deben prosperar, pues el

incumplimiento de las obligaciones por parte de la demandante no se debieron a su culpa.

Citadas las partes para sentencia, y como no se encuentra causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, entra la Sala a resolver en el fondo, con la advertencia que en primer término estudiará lo relacionado con la excepción de prescripción de la acción que propuso el apoderado de la parte impugnadora.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION DE LA ACCION

Sostiene el apoderado del *Instituto Nacional de Abastecimientos "Ina"* que la acción instaurada por los demandantes se encuentra prescrita, por cuanto la demanda solamente fue admitida el 19 de abril de 1966, fecha ésta en que se encontraban más que vencidos los cuatro meses que concede la ley para incoar esta clase de acciones.

La Sala no comparte los argumentos del distinguido apoderado de la parte impugnadora, pues ellos desconocen los principios que rigen en derecho administrativo lo relacionado con la presentación oportuna de la demanda. En efecto: a) Nuestro Derecho Administrativo no tiene como el Procesal Civil la institución de la prescripción de la acción, sino que en él se instituyó el fenómeno de la caducidad de la misma por el no ejercicio, dentro de términos relativamente cortos, de la acción que ha de poner en movimiento la jurisdicción atribuída a los Tribunales Administrativos: la caducidad es una institución diferente a la prescripción de la acción que no es susceptible ni de interrupción, ni de suspensión, ni puede ser renunciada por el demandado, si es que dentro del procedimiento administrativo, en general, puede hablarse de demandante y demandado; por ello, no pueden confundirse tales figuras; y b) de acuerdo con las disposiciones que rigen la caducidad, ella no se opera cuando se ha presentado un libelo en forma dentro de los plazos que estipula el Código Contencioso o las leyes que atribuyen competencia a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de determinados asuntos y no tan sólo cuando se admite el libelo, o, como en el derecho común, cuando se notifica al demandado la admisión del mismo. Por tanto, si una demanda es instaurada dentro de los términos que la ley concede no puede decirse que opera la caducidad de la acción por no haber sido la misma admitida por el Consejo o por los Tribunales Administrativos, antes de vencerse dicho plazo.

Por las anteriores razones y como tanto el libelo de demanda como su corrección fueron presentados antes de que se vencieran los cuatro meses que la ley concede para demandar en acción de plena jurisdicción actos de la Administración, no puede prosperar la declaratoria de caducidad que

impropiamente y como prescripción de la acción solicitó el apoderado de la parte impugnadora.

Pasa ahora la *Sala* a estudiar las Resoluciones acusadas, previas ciertas *consideraciones* que se analizarán separadamente.

– I –

LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

A partir del año de 1964, con la expedición de la llamada Reforma Judicial ha cobrado gran importancia el determinar si un contrato de la Administración, es administrativo o de derecho común. Esto porque antes de esa fecha el conocimiento de las controversias surgidas de un contrato suscrito por Entidades de Derecho Público estaba atribuído sin distinción a la justicia ordinaria; solamente con la expedición del Decreto Ley 528 de 1964, el legislador habla de los contratos administrativos que celebren las personas de derecho público conocerán el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos y de los de mero derecho privado conocerá la justicia ordinaria. Es decir, desde ese entonces es necesario, antes de aprehender el conocimiento de una controversia contractual contra una Entidad de derecho público, saber si el acto celebrado es de los llamados contratos administrativos, o, si, por el contrario, no difiere en nada de los celebrados por los particulares en sus relaciones comerciales y civiles. La jurisprudencia del Consejo de Estado, después de algunas imprecisiones ha llegado a una definición de los contratos administrativos cuando expresa que ellos son los que contienen cláusulas exorbitantes indicadoras del uso de la llamada "puissance publique" de la Administración, una de las cuales es la conocida como la caducidad que desde la Ley 53 de 1909 y luego con la expedición del Código Fiscal es obligatoria pactar en los contratos de obras públicas nacionales. Igualmente, ha sostenido el Consejo que son también administrativos los contratos que celebren las personas de derecho público cuando tienen como objeto inmediato la ejecución de un servicio público, como las concesiones para servicio de energía eléctrica, agua, alcantarillado, etc. De la misma manera el legislador en los nuevos ordenamientos de las Entidades descentralizadas que forman la Administración Nacional como son los Establecimientos Públicos, ha dispuesto que todos sus contratos sean administrativos, pues los obliga a pactar la cláusula de caducidad y somete las controversias que de ellos puedan nacer al conocimiento de los jueces administrativos. En otras palabras, el legislador ha aceptado implícitamente que los contratos que celebre la Administración por contener la cláusula exorbitante de caducidad son administrativos y por ello las controversias que surjan deben ser conocidas por la jurisdicción contencioso–administrativa.

Puede afirmarse que la diferenciación de los contratos que celebre la Adminsitración en contratos de derecho común y contratos administrativos la dan las cláusulas exorbidantes que se pactan en los segundos y no en los primeros, pues si los contratos que tienen por objeto inmediato la ejecución de un servicio público o del servicio mismo se denominan administrativos, es porque en ellos la Administración deberá pactar cláusulas exorbitantes debido a la importancia que tiene para el Estado la celebración y su ejecución. Lo anterior quiere decir que el Derecho Administrativo colombiano, al igual que el derecho francés, ha abandonado el criterio del servicio público para diferenciar los contratos que celebran las personas de derecho público.

Bien se puede decir que los entes públicos al pactar las cláusulas exorbitantes pueden hacerlo o porque la ley así lo ordena como en los casos de los contratos de obras públicas y en los contratos que suscriben los Establecimientos Públicos o porque han decidido en un caso especial que pueden utilizar el poder de que gozan: así, por ejemplo, se tiene que la ley y el Decreto 3130 de 1968, le da a las Empresas Comerciales e Industriales del Estado la facultad de pactar la cláusula exorbitante de caducidad cuando así lo deseen, más bien podría considerarse que esa norma es superflúa, dado que las personas de derecho público pueden también acudir a la utilización de esas cláusulas aduciendo para ello que gozan del mismo poder que tienen los particulares de pactar las cláusulas que a bien tengan y mucho más cuando sus actividades como las del Estado están encaminadas siempre a lograr el bien común y el interés de toda la colectividad.

Pero si bien se ha asegurado, en forma un poco tímida, que la noción de servicio público no juega actualmente papel alguno en la calificación de los contratos, menos aún puede sostenerse, como lo hace el demandante en su libelo y lo acepta el señor Agente del Ministerio Público, que la aplicación de las cláusulas exorbitantes que se pacten en un convenio administrativo sólo puedan tener lugar cuando las necesidades del servicio público así lo exijan y no cuando sucedan los eventos que las mismas contemplan.

La afirmación surge del criterio de competencia según el cual las autoridades públicas sólo pueden hacer aquello que la ley les autoriza hacer y no pueden como sucede con los particulares dejar de realizar las actividades que el legislador, el gobierno o cualquier otro acto de autoridad, les ordenen efectuar. En otras palabras, debe decirse que una vez pactada una cláusula exorbitante, la Administración no puede renunciar a ejercer el derecho que de ella emana cuando quiera que se cumplan las condiciones necesarias para su aplicación bajo el pretexto que las necesidades del servicio público no exigen dicha aplicación y ello porque las personas públicas están en la obligación de ejercer las competencias a ellas atribuídas sin que puedan

renunciar, ya que de acuerdo con nuestras normas constitucionales es una potestad de obligatoria decisión. Por último, si en vía de hipótesis se aceptara que las cláusulas exorbitantes se pactan por necesidad de un servicio público, no se puede explicar que ellas puedan desaparecer durante el desarrollo del convenio en que se concertaron, pues el servicio público que las motivó sigue existiendo y como tal exigirá que los intereses que demanda su ejecución sean siempre protegidos. Igualmente, sería aventurado y arbitrario sostener que en un momento dado no se altera un servicio público cuando no se cumple oportunamente o se demora el cumplimiento de una obligación que la persona pública administradora de servicio haya encomendado a los particulares por medio de un contrato administrativo.

Analizado el criterio diferenciador de los contratos que celebra la Administración y la incidencia de la noción de servicio público en los contratos administrativos, como el convenio que originó la litis que se desata en este fallo contiene la cláusula llamada de caducidad y por aplicación de esa disposición contractual se expidieron los actos que la demanda acusa, pasa la *Sala* a estudiar brevemente tal institución para luégo entrar a analizar si la aplicación de la caducidad al contrato celebrado con la demandante fue hecha en forma legal o si, por el contrario, al sancionar a la actora con esa pena se violaron las leyes que gobiernan dicha materia o las disposiciones contractuales que contemplaba tal cláusula.

LA CLAUSULA DE CADUCIDAD

Desde la expedición de nuestro Código Fiscal (Ley 110 de 1912) el legislador consagró la obligación para las personas de derecho público de pactar la cláusula de caducidad en los contratos que tuvieran como objeto la prestación de servicios y la ejecución de las obras públicas. Posteriormente la ley 167 de 1941 (Código Contencioso Administrativo) ordenó que también fuera insertada en los convenios que tuviesen por objeto la explotación de un bien del Estado.

Finalmente en 1968, con la expedición de la llamada Reforma Administrativa, se estipuló en el Decreto Ley 3130 de ese año, que los Establecimientos Públicos deberían pactar siempre la cláusula de caducidad en sus contratos y que en los de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado bien podría establecerse tal cláusula cuando así lo determinaran aquellas Entidades.

Puede afirmarse que en nuestro Derecho Administrativo la caducidad ha sido la institución más importante de los contratos administrativos y que su presencia ha puesto siempre de manifiesto la utilización de los principios y reglas de derecho público en los convenios de la Administración, de tal

manera que algunos tratadistas han expresado que la única diferencia que existe entre contratos de derecho privado de la Administración y contratos administrativos, es la de que en los segundos se pacta la cláusula de caducidad, pero que en general los contratos de las personas públicas siguen regidos por las reglas del Derecho Civil y gobernados por el artículo 1602 del Código Civil.

La caducidad es la estipulación mediante la cual se otorga a los entes públicos la facultad de dar por terminado un contrato cuando a juicio de los mismos el contratante ha incurrido en una de las causales de incumplimiento de lo convenido, pactada como generadora de la sanción.

Como causal exorbitante que es no puede ser ni delegada ni renunciada, es decir, es de obligatorio ejercicio por parte de la Entidad de derecho público. Igualmente, se sostiene que no puede ser objeto de transacción y se dice que más que una facultad es una obligación que adquiere, ya sea por mandato de la ley, o ya por voluntad de la persona de derecho público, de terminar un contrato cuando suceden determinados eventos.

El C.C.A. al establecer la obligación de introducir en los contratos sobre prestación de servicios, construcción de obras y de explotación de bienes del Estado la cláusula de caducidad por las causales que la Administración tuviera a bien estipular y por las de muerte del contratista cuando no se ha previsto que el contrato pueda seguir con sus sucesores, y la de incapacidad financiera del contratista, no condicionó la aplicación de dicha cláusula a las exigencias del servicio público, simplemente dispuso que cuando sucedieran ciertos eventos consagrados en el contrato como causales de caducidad, la persona de derecho público que había de celebrar el contrato estaba en la obligación de declararla. De ahí que en los artículo 254 y 255 de la Ley 167 de 1941 se utiliza el verbo *deber* y no el verbo *poder*.

Entónces se puede decir que nuestro derecho público obliga unas veces y otras permite pactar la cláusula de caducidad dando una libertad a las personas públicas para establecer las cláusulas de la misma, pero sin condicionar el ejercicio de tal potestad y la obligación a las exigencias de las necesidades del servicio público.

Por último, es preciso observar que nuestra jurisprudencia ha sostenido que en principio la persona de derecho público solamente *debe* dejar de aplicar la caducidad cuando el acaecimiento de la causal tiene lugar a la presentación de un caso fortuito o fuerza mayor. Se dice que en principio la Administración solamente debe abstenerse de aplicar la caducidad en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito porque el legislador permitió que las Entidades de derecho público establecieran las causales de caducidad que

bien tuvieran y con las condiciones que los mismos determinaran, así pues puede la Administración condicionar la aplicación de la caducidad a que la causal suceda sin justa causa por parte del contratista, etc.

En el caso que se estudia, se tiene que el *Instituto Nacional de Abastecimientos ("Ina")*, hoy *Instituto de Mercadeo Agropecuario ("Idema")*, celebró con la *"Sociedad Constructora Ltda."* un contrato administrativo para la construcción de la *Distribuidora* de ese establecimiento público en la ciudad de Popayán. En ese convenio se estipuló que el plazo máximo para entregar los trabajos era de trescientos (300) días calendario. Igualmente y por tratarse de un contrato que tenía por objeto la construcción de una obra pública, se pactó la cláusula de caducidad que en lo relacionado con la materia de esta litis expresa:

> **"Décima novena.** Caducidad del contrato. El *Ina* se reserva la facultad de declarar la caducidad administrativa del presente contrato por medio de la correspondiente Resolución, en los siguientes casos:
>
> "..... ".
>
> "c) Si al vencimiento de cada uno de los períodos de reajuste previstos en la cláusula Décima, el contratista, sin causa justificada, no ha realizado los trabajos programados para el período respectivo.
>
> "..... ".
>
> "d) Si el contratista *no* da principio a los trabajos dentro del plazo fijado para su iniciación en el presente contrato o no las termina en el plazo previsto en la cláusula *sexta.*
>
> "h) Si el contratista *faltare* al cumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones que contrae por medio del presente contrato por culpa que le sea imputable".

Ya en ejecución el contrato, por Oficio No. 14730 de fecha 14 de Julio de 1965 el Ingeniero Interventor de las obras de construcción de la Distribuidora del *"Ina"* en Popayán, notificó a la demandante, Sociedad Constructora Ltda., que "el plazo legal para la terminación de las obras contratadas es el mismo (se refiere al contrato No. 00529) y en las Actas autorizadas y aprobadas, vence el día cuatro de agosto del presente año".

Igualmente, ese mismo día el citado Ingeniero Interventor dirigió a la Gerencia del *Instituto Nacional de Abastecimientos* un memorando (fl. 47 –Cuaderno Actuación Administrativa ante el *Ina)* en el que manifiesta que el plazo de entrega de las obras del contrato celebrado con la demandante vence el día 4 de agosto de 1965, e informa que hasta la fecha la inversión

hecha es de un 34o/o del valor total del contrato. Luego, informa el 16 de Agosto de 1965, el mismo Interventor, que la obra está terminada en un 50o/o aproximadamente.

Con base en los anteriores hechos la Gerencia del *Instituto Nacional de Abastecimientos,* con fecha 28 de septiembre de 1965 y por medio de la Resolución No. 55, después de analizar los incumplimientos del contrato en que había incurrido la demandante durante la ejecución del mismo, declaró la caducidad administrativa del convenio.

Contra esta decisión interpuso recurso de reposición la demandante, por medio de apoderado especial, quien después de hacer un prolijo estudio relacionado con los contratos administrativos y la cláusula de caducidad concluye en los siguientes términos:

> **"Primero.** Que la declaración de caducidad del contrato carece de fundamento legal; causa grave perjuicios morales y económicos a la Sociedad Constructora Ltda. y de no ser revocada, compromete la responsabilidad del Instituto quien deberá pagar las indemnizaciones correspondientes.
>
> **"Segundo.** Que los hechos que se califican como 'incumplimiento del contrato' no son imputables a la Sociedad Constructora Ltda., pues son extraños a la voluntad de sus Directores.
>
> **"Tercero.** Que si existieron fallas en la preparación, celebración, perfeccionamiento y desarrollo del contrato, ellas son imputables, en parte considerable, al Instituto, lo cual, desde luego, compromete su responsabilidad, o por lo menos, elimina una posible responsabilidad de la Sociedad Constructora Ltda".
>
> **"Cuarto.** Que cualquier decisión que se tome acerca del contrato, decisión de fondo, es de la competencia exclusiva de la Junta Directiva del *Ina* y por lo mismo debe ser suscrita por sus miembros, y no por el Gerente General, que únicamente es un ejecutor de las determinaciones de la Junta.
>
> **"Quinto.** En resumen: La Resolución No. 55 de 28 de septiembre de 1965, debe ser revocada en todas sus partes. Así lo pido nuevamente".

Para demostrar la conclusión Segunda de su escrito acompañó varias certificaciones sobre el tránsito restringido de la vía Popayán—Cali, así como de la Cámara de Comercio de Popayán en la cual se expresa que el mayor volumen de comercio que efectúa la ciudad lo hace con Cali.

El *"Ina"*, después de refutar los argumentos esgrimidos por el apoderado de la *Sociedad Constructora Ltda.* y al no encontrar, en su opinión, probada la fuerza mayor o el caso fortuito, únicas causales exonerativas de la responsabilidad por la no entrega oportuna de las obras objeto del contrato

celebrado, mantuvo en todas sus partes la providencia administrativa recurrida por medio de la cual declaró la caducidad del convenio.

Ante esta jurisdicción, el apoderado del demandante ha sostenido que no existen los motivos invocados para declarar la caducidad y que si existieron en todo caso, son ajenos a la voluntad de la Sociedad demandante.

De lo hasta aquí expuesto se deduce:

Que el establecimiento público denominado *Instituto Nacional de Abastecimientos (Ina)* al celebrar el contrato administrativo de construcción de su *Distribuidora* en la ciudad de Popayán, introdujo en ese acto la cláusula exorbitante de caducidad estableciendo como causales generadoras de esa sanción, entre otras, las de: a) Incumplimiento *no justificados* de los plazos para realizar los trabajos programados para un determinado período; b) Mero incumplimiento del contratista en no iniciar los trabajos de construcción dentro del plazo fijado para tal efecto o en no terminar la obra dentro del plazo señalado; y c) Incumplimiento *culposo* del contratista de alguna o algunas de las obligaciones contractuales. Es decir, en el contrato se estipularon tres clases de incumplimientos: no justificado para la entrega de las obras parciales, simple para la iniciación o terminación de la totalidad de la obra y culposo para cualquier incumplimiento distinto de los anteriores de las obligaciones surgidas del convenio. Más, en realidad, se puede decir que se condicionó la aplicación de la caducidad a dos clases de incumplimiento: el culposo y el simple, pues cuando en el segundo se habla de incumplimiento no justificado no se está diciendo cosa diferente de incumplimiento culposo, ya que si él se debe a un hecho justificado será porque al realizarlos el agente obró secundum jus, y por ello, no hay responsabilidad ni mucho menos culpa, luégo si no se justifica es porque no se obró en consonancia con el ordenamiento jurídico y entonces se incurrió en culpa.

Para *La Sala* se encuentra demostrado en autos que el contratista, *Sociedad Constructora Ltda.* no entregó las obras de construcción de la *Distribuidora* del *"Ina"* en Popayán dentro del plazo estipulado en la cláusula *Sexta* del contrato. En efecto, de acuerdo con el informe del Interventor las obras debieron ser entregadas por el contratista el día 5 de Agosto de 1965 y ese día apenas se había construído un 50o/o de la misma. Lo anterior demuestra que no es cierta la aseveración del demandante cuando sostiene que los motivos de la sanción no existieron, ya que no fue entregada la obra dentro del plazo estipulado en el contrato.

Si la contratista no entregó las obras dentro del plazo establecido en el contrato *el Instituto Nacional de Abastecimientos* debió, al no encontrar demostrados por parte de la demandante los hechos exonerativos de

responsabilidad, declarar la caducidad con base en el acaecimiento del hecho establecido como generador de la sanción en el aparte de la cláusula Décima–Novena; más, ni técnica ni jurídicamente, debió basarse su determinación en otras causales como la de los apartes c) y h), pues en primer término la causal c) dice relación a las entregas parciales y no a la entrega total, es decir, trata de incumplimientos parciales del contrato y no al incumplimiento total, y la causal h) hace relación a incumplimientos distintos a la demora o retardo en la ejecución de los trabajos o en el cumplimiento del contrato; y en segundo lugar, no puede entenderse que un mismo hecho sirva para aplicar varias causales, pues entonces algunas de ellas sobrarían o, por lo menos, se podría decir que sí está pactada la causal según la cual cualquier incumplimiento de las obligaciones del contrato da lugar a la declaratoria de caducidad resulta superfluo estipular otras causales de caducidad.

Por ello, si en el presente caso el *Instituto Nacional de Abastecimientos* encontró que la contratista no hizo entrega de la obra en el plazo previsto en el contrato, debió utilizar como base para aplicar la caducidad la causal e) de la Cláusula Décima Novena aunque, lógicamente, al suceder ese evento se pudo predicar que el contratista incurrió también en la causal c) pues si no entregó la obra total, menos pudo haber entregado todas las partes de la obra y que, obviamente, incumplió una de sus obligaciones surgidas del contrato.

Por esta razón en esta providencia solamente se estudiará lo relacionado con la no entrega de la obra en el plazo establecido y si ello se debió al acaecimiento de uno cualquiera de los eventos que exoneran de responsabilidad por tal hecho, más no se entrará a estudiar si se presentaron las otras causales que erróneamente invocó el *Instituto Nacional de Abastecimientos* para dar por terminado unilateralmente el contrato celebrado con la demandante. Es decir, para la *Sala* se encuentra probado, como se vió anteriormente, que la demandante no entregó la obra de construcción de la *Distribuidora del Instituto Nacional de Abastecimientos* en Popayán dentro del plazo estipulado para el efecto y, por tanto, si hay lugar a declarar la nulidad de los actos será porque la no entrega no es imputable a la actora, sino a la presencia de un caso de fuerza mayor o caso fortuito.

De acuerdo con nuestra legislación (artículo 1o. de la Ley 95 de 1890) la fuerza mayor o caso fortuito es el imprevisto a que no es posible resistir. O sea, que se trata de hechos que imposibilitan el cumplimiento de una obligación, pero que no pueden ser evitados ya que son irresistibles e imprevisibles. Como ejemplos de los mismos se dan el terremoto, los naufragios, guerras etc.

Pues bien, en autos existen varias pruebas que demuestran que:

a) El contrato celebrado por la demandante con el *Instituto Nacional de Abastecimientos* fue desde un principio un contrato desventajoso para la demandante, pues los precios de la licitación presentada por la Sociedad Constructora Ltda. fueron muy bajos dada la especialidad de la obra, la naturaleza de los trabajos, etc. Para confirmación de lo dicho pueden citarse la carta del señor Agente del I.N.A. en Popayán, Dr. Alvaro Pío Valencia, quien, ya expedidos los actos cuya legalidad hoy se juzga en forma definitiva, expresó a su Gerente que desde que fue aceptada la propuesta del demandante vió que el contrato iba a terminar como poco después terminó y, además, hace una serie de observaciones de carácter técnico, aunque miradas por el lente de un profano en la ciencia de la construcción. Igualmente dentro del expediente obran tres dictámenes periciales, dos de los cuales aseveran que la no entrega de las obras en el tiempo estipulado tuvo su principal causa en los bajos precios de la obra contratada. Asímismo se acompañaron copias de los balances de la Sociedad demandante, revisados por un delegado de la Contraloría General de la República, de los cuales se colige que la demandante tuvo pérdidas en la parte de obra que ejecutó del contrato de construcción de la *Distribuidora* del I.N.A. en la ciudad de Popayán. Con base en las anteriores pruebas, pretende el apoderado de la actora demostrar que las Resoluciones acusadas violaron la ley ya que la terminación del contrato no se debió a culpa de la demandante, sino a los bajos precios del contrato de los cuales fué culpable el *Instituto Nacional de Abastecimientos.*

b) Igualmente, obran en autos varias certificaciones, ratificadas por las personas que las expidieron, en las cuales consta que el suministro de ciertos materiales por parte de las mismas no pudo efectuarse sino en fecha posterior a la de la entrega de la obra (fls. 156 y 157 del Cuaderno principal y 102 vto., 105 del Cuaderno de pruebas de la actora), dado que los elementos solicitados a las Fábricas que ellos dirigían necesitaban un tiempo prudencial para producirse.

c) Por último, también se trató de demostrar que por interrupción de la vía que de Popayán conduce a Cali y por ser esta última ciudad la abastecedora del comercio de la primera, la demandante no pudo adquirir muchos de los materiales que necesitaba para la obra de construcción de la *Distribuidora del Instituto Nacional de Abastecimientos.* De la misma manera con una certificación del distribuidor de "Cementos del Valle" se quiso demostrar que durante el tiempo de ejecución de los trabajos objeto del contrato caducado el suministro de cemento fue muy difícil por daños sucedidos en la planta de Cementos del Valle en Yumbo y por huelga en "Cementos Caldas" (fls. 158 a 161 del cuaderno principal y 107 vto. del cuaderno de pruebas de la actora).

Respecto de las pruebas anteriormente enunciadas, se tiene que:

1. No puede aceptarse que el hecho de haberse pactado precios bajos pueda justificar el incumplimiento del contrato, si se tiene que la demandante debió primero, hacer un estudio juicioso de la clase de obra que contrataba, el mercado del trabajo en la ciudad de Popayán, etc., pues se presume que una Sociedad, cuyo objetivo principal es la construcción no puede equivocarse, como lo haría un lego en la materia, al contratar y vender su trabajo a menos precio del que tiene en el momento del acuerdo de voluntades y del que tendrán los materiales que se emplearán en la construcción durante el tiempo de la ejecución de las obras; por ese motivo los contratistas siempre calculan un porcentaje de imprevistos, en los cuales incluyen los aumentos de precios que han de sucederse durante la ejecución de un contrato, pues no desconocen que trabajan en un país que, como consecuencia del desequilibrio de su balanza comercial y de pago, sufre de una desvalorización monetaria constante que hace subir los precios de los materiales y la mano de obra; y segundo, si la actora observó que los precios pactados eran inferiores al precio de la obra debió solicitar, cuando pudo, un reajuste de precios como lo preveía la Cláusula Quinta del contrato; pero lo que sí resultaba a todas luces incomprensibles es que comenzara economizando mano de obra como lo hizo cuando con ello sólo iba a agravar su situación desventajosa, pues de sobra tenía que considerar que a menos trabajo correspondía mayor tiempo en la ejecución de la obra.

Por ello, debe concluirse que si el contrato era desventajoso para la actora, solamente puede culparse a la misma de tal hecho, pues cuando el *Instituto Nacional de Abastecimientos* le permitió licitar y más tarde le adjudicó el contrato, solamente pudo hacerlo teniendo en consideración de que se trataba de una firma especializada en la realización de contratos como el que fue caducado por los actos enjuiciados, y que, si realmente los precios fueron desventajosos para la demandante, esta incurrió en culpa al no utilizar los derechos que le otorgaba la Cláusula Quinta del convenio, sino al contrario no emplear toda la mano de obra necesaria para que el ritmo del trabajo condujera a una terminación de la construcción en el tiempo pactado.

Por lo anterior, no puede aceptarse como causal exonerativa de responsabilidad en el incumplimiento el hecho antes analizado.

2. cuando una persona o entidad necesita de materiales para la elaboración de un trabajo a ella encargado tiene la obligación de conocer el tiempo de elaboración de esos materiales y debe solicitar su producción dentro de un término prudencial que le permita utilizarlos en el momento oportuno. En otras palabras, no es excusable que un constructor alegue que no pudo entregar una obra en el término estipulado porque no le fue posible adquirir los elementos o materiales que requería la construcción en su oportunidad, pues él debe saber y prever el tiempo que se requiere para elaborarlos.

Pues bien, si en el caso en estudio la Sociedad Constructora Ltda. necesitaba utilizar unas baldosas y "guardapolvos" para la construcción del edificio de la distribuidora de tales materiales previendo la demora que conllevaba su producción y no hacer el pedido cuando ya casi expiraba el período que tenía para entregar la obra, luego si así lo hizo no puede hoy pretender exonerarse de la responsabilidad en la no entrega oportuna por esos hechos, ya que ellos ni constituyen culpa que no le sea imputable ni mucho menos puede hablarse que sean hechos imprevisibles ni irresistibles generadores de fuerza mayor o caso fortuito.

3. Para aceptar que la interrupción de la vía Popayán Cali y la huelga de Cementos Caldas o los daños de las instalaciones de Cementos Valle pudieran constituir una causal de exoneración de la responsabilidad en la no entrega de la obra en el término del contrato, debió la *Sociedad Constructora Ltda.* demostrar que durante la ejecución del contrato tuvo que paralizar la obra por tales motivos, ya que el comercio de Popayán no pudo suministrarles materiales y en sus depósitos no habían existencias de los mismos para esa época, más en el expediente no hay constancia de que ello hubiera ocurrido, al contrario, en informe del Interventor del Instituto Nacional de Abastecimientos de fecha 29 de marzo de 1965 (Cuaderno de pruebas de la parte opositora), se expresa que "durante este período se logró un pequeño mejoramiento del ritmo de avance de los trabajos, como puede apreciarse en el plan de trabajos anexo, *No obstante la escasez de cemento por la huelga de cementos Caldas. . .* " (Las mayúsculas no son del texto).

Es decir, para la *Sala* no es suficiente demostrar que la vía de Popayán a Cali se vio parcialmente interrumpida durante el término de ejecución de los trabajos y que en las Fábricas de cemento "Caldas" y "Valle", posibles únicas suministradoras de ese material a la ciudad de Popayán, se hubieran presentado huelgas o daños en sus instalaciones sino que también era necesario demostrar que tales hechos incidieron en la normal marcha de los trabajos de la obra y como ésto último no se demostró dentro del juicio, no puede el Consejo acceder a las peticiones de la demanda por encontrar que se probó que la no entrega de las obras se debió al acaecimiento de fuerza mayor o caso fortuito.

Y es que para la *Sala* sin lugar a dudas el hecho que motivó la no entrega dentro del término del contrato no fue otro que la economía de mano de obra que utilizó la actora al encontrar que los precios del contrato no eran bondadosos para ella y este hecho, como se ha visto, la hizo incurrir en una culpa, pues la demandante no podía desconocer que si empleaba menos mano de obra en la construcción necesariamente debería emplearse un mayor tiempo, pues es elemental la regla que dice: "a más trabajo menos tiempo y a menos trabajo más tiempo".

Por tanto, si la actora incurrió en la culpa de emplear una mano de obra inferior a la que se necesitaba para terminar la obra en el tiempo estipulado en el contrato no puede, sin violarse la ley y atacar los intereses de la comunidad, excusarse el retardo en la ejecución de su obligación y por ello debe concluirse que el *Instituto Nacional de Abastecimientos ("Ina")* obró de acuerdo con el derecho emanado de las leyes administrativas y del contrato mismo cuando declaró la caducidad del contrato.

Finalmente, debe manifestarse que el Consejo en sentencia de 27 de Mayo de 1969 de la Sección Primera de la Sala Contencioso–administrativa, rectificó la doctrina sentada en el auto que citó el apoderado de la demandante en alegato extemporáneo, según el cual la caducidad solamente puede ser declarada por el Gobierno, el cual según el artículo 57 de la Constitución lo constituyen el Presidente y el Ministro del ramo, para sostener que si una persona de derecho público pacta la caducidad tiene el derecho y el deber de declararla cuando se presente el evento generador de la misma.

Por último, debe expresarse que aunque se admitió en la demanda también a nombre de los señores Guillermo Gómez Segura y Pedro Thomas, ello fue incorrecto, pues tales personas no tenían interés directo en las resultas de este juicio, ya que es sabido que las personas jurídicas son distintas de sus socios.

Por ello, en relación a esas personas debe declararse inhibida la *Sala* para fallar sus peticiones por cuanto no demostraron el interés directo en las resultas del juicio.

Por lo expuesto, el *Consejo de Estado* Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera–, oído el concepto de su Fiscal 4o. y en desacuerdo con el mismo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero. No hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción de la acción solicitada por el apoderado del *Instituto Nacional de Abastecimientos ("Ina").*

Segundo. Niéganse las súplicas del libelo en cuanto se refiere a la *"Sociedad Constructora Limitada".*

Tercero. Declárase inhibida la *Sala* para conocer en el fondo de las súplicas del libelo en lo relacionado con las peticiones que hacen los señores Guillermo Gómez Segura y Pedro Emilio Thomas en su propio nombre.

Habilítese y revalídese el papel empleado en la actuación.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Gabriel Rojas Arbeláez — Carlos Portocarrero Mutis — Osvaldo Abello Noguera — Alfonso Castilla Sáiz.

Victor M. Villaquirán M.
Secretario

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS

MULTA CONFISCATORIA. *La norma legal debe interpretarse dentro del marco de la norma constitucional.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., abril catorce de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Lucrecio Jaramillo Vélez.

Sesión del viernes, 14 de abril de 1972. .

Referencia: 1478
Actor: Abbott Laboratories de Colombia S.A.,
Autoridades Nacionales.

Abbott Laboratories de Colombia S.A., por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción del artículo 67 del C.C.A., pide al Consejo de Estado hacer las declaraciones y restablecimiento del derecho que se puntualizan en la demanda, a folios 78 y ss.

Fundamentalmente la sociedad actora pide la nulidad de la resolución S–013 de 25 de mayo de 1970 de la Superintendencia de Control de Cambios, "por la cual se impone a la Compañía demandante una multa de $4.204.403.52. Pide también la nulidad de la resolución S–026 de 17 de junio de 1970, por la cual la misma Superintendencia, no repone la anterior resolución. Se pide, además, la nulidad de todos los actos antecedentes a dichas resoluciones.

Como consecuencia de dichas declaraciones de nulidad, la Sociedad actora pide el restablecimiento del derecho, el cual hace consistir en la devolución de la multa impuesta, junto con los respectivos intereses bancarios desde el día en que aquélla fue consignada hasta el día en que se haga la devolución efectiva, y en el pago de todos los perjuicios que se hayan causado a la entidad demandante, y que están descritos en el expediente a folios 179 vto. y 180, letras D.E.F.

Los hechos fundamentales en que se basa esta demanda son los siguientes:

1. Con fecha 2 de julio de 1969, el Superintendente de Control de Cambios, basado en un informe del Jefe de la División de Estudios Especiales de la Superintendencia, dictó un auto, abriendo investigación contra Abbott Laboratories de Colombia S.A. por posible sobrefacturación en importaciones de materia prima, realizadas durante el año de 1968 y primeros seis meses de 1969.

2. Con fecha 3 de marzo de 1970, la misma Superintendencia ordenó ampliar la investigación para actualizarla hasta la fecha del auto (marzo 7). En desarrollo de las investigaciones hechas el estudio se limitó a la materia prima denominada Eritromicina, en sus distintas formas (Estearato, Etil Succinato, Base y Tiocinato), por considerar que estas importaciones constituían en volúmen y en precio, la mayor cantidad del presupuesto de importaciones de Abbott Laboratories.

Como consecuencia de una diligencia de inspección judicial sobre los documentos relacionados con las importaciones, se confeccionó una lista de materias primas, indicadas por su nombre, cantidad, fecha, valores unitarios y totales, en la forma que puede verse a folios 53 a 57, así: Eritromicina Estearato, 13 registros; Eritromicina Etil Succinato, 14 registros; Eritromicina Tiocinato, 10 registros, Eritromicina base, 1 registro. Todos estos documentos fueron reconocidos por el señor Antonio Lattanzio en declaración no juramentada, el día 10 de abril de 1970.

3. El 12 de marzo de 1970, la Superintendencia de Control de Cambios, mediante oficio No. 00446, solicitó al Instituto de Comercio Exterior (Incomex) su concepto sobre los precios Fob, en el mercado internacional, para la Eritromicina, en sus formas de Estearato, Etil Succinato, Base y Tiocinato.

El 24 de marzo de 1970, el Incomex contestó a la solicitud anterior mediante el oficio No. 03275, oficio que luego aclaró, mediante otra comunicación No. 03592 de fecha 2 de abril de 1970, (folios 97 y 100 del cuaderno de pruebas).

4. Del cotejo de los precios indicados por el Incomex con los precios declarados por Abbott Laboratories en los registros de importación se desprende que éstos son muy superiores a aquéllos para las materias Eritromicina Estearato, Eritromicina Base y Eritromicina Etil Succinato. De lo cual dedujo la Superintendencia de Control de Cambios que había habido sobrefacturación por parte de Abbott Laboratories. (Los cuadros referentes a cada una de estas materias, en los cuales se compara para cada registro, el valor dado por el importador y el valor dado por el Incomex, pueden verse a folios 62, 63, 64 y 65 del expediente).

5. Recogidos estos datos, la Superintendencia en auto de 13 de abril de 1970, dispuso cerrar la investigación y correr traslado del expediente a Abbott Laboratories para que solicitara las pruebas que estimara convenientes para la defensa de sus intereses.

6. Con fecha 21 de abril de 1970, Abbott Laboratories presentó un extenso memorial de descargos, que puede verse a folios 125 a 133 del cuaderno de pruebas.

Los descargos son en síntesis:

a) Como primer descargo, se trae un cuadro de los precios de importación de las materias mencionadas, desde el año de 1964 hasta el año de 1969. Según ese cuadro se ve que los precios de dichas materias, en lugar de subir, han rebajado apreciablemente. Este hecho, según el actor, desvirtuaría el cargo de una posible sobrefacturación, pues si ésta hubiera sido la intención del importador, éste habría mantenido los precios superiores, ya conocidos y aceptados por el Incomex. (Folio 126).

b) Por otra parte, Abbott Laboratories afirma estar protegida por una patente y ser la única importadora a Colombia de los productos de que se trata. Esa patente le da el derecho de exclusivilidad y con ella busca obtener una garantía de calidad y de pureza.

c) Otra razón: los precios de importación de dichos productos eran reconocidos sin objeción alguna de la Superintendencia de Comercio Exterior desde 1967 en que se le enviaron los catálogos correspondientes. "Más aún, precisamente, en el momento en que se le daba traslado a Abbott Laboratories del expediente de la investigación (14 de abril de 1970), se le concedía licencia para importar Eritromicina Estearato, al precio idéntico de importaciones anteriores, es decir a US$ 0,30 por millón de unidades, no obstante que para efectos de la investigación y estando aún en curso, ese despacho fijó un precio unitario de US$o.233. "Dentro de la unidad de la administración no cabe suponer que un organismo autorice y otro sancione simultáneamente lo autorizado".

d). Además, según el actor, pueden existir ofertas con base en el peso físico y otras con base en la actividad y la cotización entonces puede ser distinta, porque se trata de materias diferentes.

e) Por último, según el actor habría que analizar el precio de los productos ofrecidos por los "usurpadores", como los llama la ley de protección de la propiedad industrial, para verificar si efectivamente dichos productos tienen una actividad terapéutica similar a los de Abbott Laboratories.

Al presentar estos descargos, la Sociedad actora pidió nueve pruebas, que pueden verse a folios 129 a 132 (cuaderno de pruebas). De ellas fueron aceptadas cinco y negadas cuatro a pretexto de ser inconducentes. (Auto de 29 de abril de 1970).

7. Practicadas las pruebas decretadas, el Superintendente de Control de Cambios, en el numeral décimo cuarto de la resolución S–013 de 25 de mayo de 1970, hace las siguientes declaraciones:

"a) Al hacer el estudio de las pruebas este despacho sólo puede atenerse al concepto oficialmente producido por la División de Control de Precios Internacionales del Incomex, por estimar que ese organismo ha dispuesto de los medios necesarios para determinar el precio de una mercancía.

"b) El hecho de que Abbott Laboratories tenga a su favor unas patentes de invención debidamente registradas en el Ministerio de Desarrollo Económico, relacionadas con Eritromicina, es un supuesto que puede hacerse valer ante el Incomex para poder justificar un determinado precio, pero no es un argumento ante esta Superintendencia.

"c) Que haya o no otros importadores de Eritromicina es cosa ajena a este despacho, por cuanto que en la valoración del fenómeno de sobrefacturación, la Superintendencia de Control de Cambios no puede proceder por vía comparativa, sino atenerse al concepto de precios dado por el Incomex.

"d) No compete a esta Superintendencia entrar a analizar las formas o razonas que pueden servir de argumento para la formación de un precio determinado como tampoco puede entrar a calificar las razones por las cuales el Instituto de Comercio Exterior, luego de haber fijado un precio, sigue aprobando licencias de importación a precios diferentes a los establecidos por él mismo.

"e) De igual manera son extrañas a esta Superintendencia las consideraciones que se hagan con referencia a la lista de precios presentada por Abbott Laboratories el 16 de septiembre de 1967 y su posterior actualización ante el Incomex, pues ese argumento es oponible ante tal entidad, único organismo idóneo para determinar los precios internacionales en materia de importaciones y exportaciones y no ante este despacho".

8. Habiéndose negado al considerar los descargos y las pruebas presentadas por la Sociedad actora, el Superintendente de Control de Cambios, teniendo en cuenta únicamente la comparación entre los precios presentados por la sociedad demandante y por el Incomex, llegó a la conclusión de que existía el fenómeno de la sobrefacturación y dictó la resolución S–013 de 25 de mayo de 1970 imponiendo a Abbott Laboratories una multa de $4.204.403.52 equivalente al ciento por ciento del total de las operaciones de cambio verificadas, como puede verse en cuadro que obra en el expediente, a folios 64 y 65.

9. Por medio de la resolución S–026 de 17 de junio de 1970, el Superintendente de Control de Cambios negó el recurso de reposición contra la resolución anterior, confirmándola en todas sus partes y agregando que, si

la multa no fuere cubierta dentro de los 5 días siguientes a la notificación, se convertiría en arresto. De esta manera quedó agotada la vía gubernativa y abierta la contenciosa administrativa.

Para decidir la Sala considera:

Las razones de la Sociedad demandante son las siguientes:

1. Falta de notificación y publicación de los precios. En efecto, el acto del Incomex en que se fijan los precios de la Eritromicina y sus derivados no fué publicado ni notificado a Abbott Laboratories. Además, dicho acto tiene efectos retroactivos, pues pretende regular hechos anteriores a su expedición.

2. Los precios internacionales averiguados por Incomex carecen de base seria.

3. Error de hecho. En efecto, la única base para imponer la sanción fué la comparación entre los precios de la Eritromicina suministrados por Incomex y los precios declarados por Abbott Laboratories en sus registros de importación. Pero sucede que los precios averiguados por Incomex, además de carecer de toda base seria, se refieren a kilogramo o peso físico, pues todas las cotizaciones tienen las características de la unidad de peso usada o sea Kg., K. o kilo que equivalen a kilogramo o peso físico, mientras que el producto importado por Abbott Laboratories se refiere a Kilogramo actividad que es una unidad completamente distinta. O dicho en otras palabras, la materia importada fue una y el precio averiguado por Incomex se refiere a otra, y, por consiguiente, la resolución acusada se basa en un error de hecho, puesto que compara los precios de una materia que no fue la que realmente se importó.

4. Ilegalidad del proceso gubernativo. En efecto, según el actor, en el juicio penal administrativo no se observó la plenitud de las formalidades legales de que hablan los artículos 26 C.N. y 1o. Código de Procedimiento Penal. En efecto, la Superintendencia "obró como una autómata, que se limitó a comparar dos series de precios", sin admitir ningún descargo del acusado cuyas pruebas fueron desechadas a priori.

5. Carácter confiscatorio de la multa (folios 188 y 189). En efecto, la multa asciende al 85o/o del capital.

La Sala procede estudiar cada uno de estos puntos:

1. Falta de publicación y retroactividad de los actos del Incomex.

Se queja la Sociedad actora de que la lista de precios internacionales para ciertos productos farmacéuticos fijada por el Incomex no fue publicada o

promulgada, como lo manda la ley; que tampoco dicha lista le fué notificada y, finalmente, que dichos precios, fijados en el año de 1970, no podían regir negociaciones realizadas en los años de 1968 y 1969, por no poder tener la ley carácter retroactivo.

A este respecto ha dicho esta misma Sala del Consejo de Estado (Ver sentencias de 16 de agosto de 1971, referencia 1561, ponente doctor Arango Henao y de 22 de noviembre de 1971, referencia 1589; de 31 de agosto de 1971, referencia 1559; de 9 de noviembre de 1971, referencia 1563 de 31 de agosto de 1971, referencia 1527, ponente Doctor Lucrecio Jaramillo Vélez).

"La División de Precios Internacionales del Incomex no fija precios a las mercancías de importación, sino que solamente investiga, en el mercado internacional, cuál es, en un momento dado, el precio de una mercancía determinada y verifica si los precios que se declaran en los registros de importación corresponden a los que están en vigencia en el mercado internacional.

"Por consiguiente, la División de Control de Precios del Incomex no expide actos administrativos que fijen los precios, y mal podría hacerlo, cuando esos precios no dependen de su voluntad y escapan a su poder. La División de Control de Precios se limita a recoger datos, a evaluarlos y a catalogarlos en un fichero, para suministrarlos, llegado el caso, a otras entidades oficiales que lo requieran.

"Por consiguiente, no puede decirse que la División de Control de Precios del Incomex fije éstos con carácter retroactivo, puesto que esta Institución se limita a recoger la información de lo que ha sucedido en el mercado internacional, o sea los precios que rigieron en años anteriores. Obtenidos los datos los cataloga en su fichero y, cuando se le soliciten, da la información correspondiente. Por tanto, de las investigaciones que haya hecho la División de Precios no puede predicarse que sean retroactivas, ni tampoco puede predicarse esa calidad de las informaciones sobre estos hechos".

Y más adelante dijo:

"Si el mecanismo descrito anteriormente es correcto, es evidente que las investigaciones sobre precios internacionales contenidas en los ficheros de la División de Precios Internacionales del Incomex no tienen que ser promulgadas, en el sentido del artículo 52 del C.P.M. ni tampoco notificadas, en el sentido de los artículos 10, 11 y 12 del decreto 2733 de 1959, por la sencilla razón de que solamente se promulgan las normas, no los hechos (ver sentencias del Consejo de Estado de 31 de agosto de 1971).

"En síntesis, el oficio acusado es un acto de comunicación de un hecho de una dependencia administrativa a otra, referente a precios internacionales de unos productos de importación. No puede afirmarse que en tal informe se fijaron los precios de los productos, sino que más bien se dejó constancia de las investigaciones realizadas por la oficina informante y para el período para el cual se había solicitado información.

"Tal información solamente puede desvirtuarse, demostrando que el contenido del oficio acusado es erróneo o sea que los precios de los productos a que el oficio se refiere no corresponden a los precios reales de dichos productos, en el mercado internacional, en los años de 1968 y 1969".

Por consiguiente, en el caso sub judice, no están llamados a prosperar los cargos de falta de notificación, de falta de publicación y de retroactividad.

2. En segundo lugar, procede estudiar la forma cómo el Incomex llegó a determinar el precio de la Eritromicina y sus derivados en el mercado internacional para los años de 1968, 1969 y 1970.

En el expediente figuran los siguientes documentos:

En el anexo 25 (folio 154 a 161) figuran cinco cotizaciones de la Eritromicina y sus derivados, provenientes de Incomex, pero aportadas por el actor. Además, durante el período probatorio, Incomex presentó treinta y una cotizaciones de las mismas materias, cotizaciones que pueden verse a folios 234–268. Son en total treinta y cuatro cotizaciones, pues en las dos series hay dos cotizaciones repetidas.

Del estudio cuidadoso de todos estos documentos la Sala ha sacado las siguientes conclusiones:

1. Aunque algunos de los documentos (por ejemplo algunos provenientes de la Casa H. Lender, folios 156 y las averiguaciones del señor Villamizar, folios 160) no constituyen una base segura para la determinación del precio internacional de la Eritromicina y sus derivados, la Sala considera que, mirando el conjunto de la investigación del Incomex, existe una base seria para la determinación de cuál fué el precio internacional de las materias de que se trata en los años de 1968–1969 y 1970.

2. La Sala observa, además, que todos los documentos aducidos para determinar el precio internacional de la Eritromicina y sus derivados se refieren a kilogramo peso físico y ninguno a kilogramo actividad, que es la materia que el actor dice haber importado.

3. Examen del problema del error de hecho.

Dentro de las normas de la famacopea es importante distinguir entre el concepto de actividad o potencia del producto y el concepto de peso físico del mismo, lo cual puede incidir en una diferencia de precio.

El kilogramo peso físico comprende el peso total de varios elementos, a saber el peso del elemento activo (que es el elemento que produce un efecto terapéutico) más el peso de los excipientes o sea los agregados necesarios para la obtención y conservación del producto.

En el caso de la Eritromicina, ella comprende un mínimo de 50o/o de Eritromicina base Anhidra, que es el elemento activo del compuesto, más una agregación de sal estearato, que no tiene ningún efecto terapéutico, y algunas otras sustancias. En otras palabras, la Eritromicina base es la que representa o contiene actividad dentro del total del compuesto denominado estearato de Eritromicina. Y la referida actividad o potencia es la que se mide en términos de millones de unidades o sea miligramos por gramo o microgramos por miligramo. (ver informes de los doctores Eduardo Calderón Gómez, folios 291–294, Antonio Otálora, folios 177–79 y Javier Henao, folios 80–81.)

El doctor Eduardo Calderón en su informe dice: "En realidad no se trata de dos materias distintas, sino de la misma materia pero con distinta relación de actividad biológica".

Ahora bien: establecido que no se trata de dos materias distintas, sino de concentraciones diferentes de la misma materia, Abbott Laboratories debía probar cual era la concentración de la materia por ella introducida (50o/o, o 60o/o o 77o/o) y también cuál era el precio internacional de esa concentración, para oponerlos a los precios investigados por el Incomex. Pero, como esa prueba no se encuentra en el expediente, la presunción de legalidad que ampara a todo acto administrativo no ha sido destruída, con lo cual subsiste, inexplicada, la diferencia entre el precio investigado por Incomex y el precio declarado por la Sociedad demandante.

Este cargo, por consiguiente, no está llamado a prosperar.

4. Falta de un proceso legal.

Corresponde ahora examinar el juicio penal administrativo, realizado ante la Superintendencia de Control de Precios y en el cual, dice la sociedad actora, no se observó la plenitud de las formalidades legales de que hablan los artículos 26 de la Constitución Nacional y 1o. del Código de Procedimiento Penal.

Como resulta de la parte motiva de la resolución S–013 de 25 de mayo de 1970, que ya se ha transcrito, el Superintendente de Control de Cambios se negó sistemáticamente a apreciar las pruebas aducidas por el inculpado y a oir sus descargos, afirmando que ese despacho "solamente podía atenerse al concepto oficialmente producido por el Incomex" en relación con los precios de la Eritromicina y sus derivados.

La Superintendencia de Control de Cambios no debió proceder así. Ella debió examinar, aunque fuera para rechazarlas, las pruebas y argumentos de la sociedad demandante referente a sus patentes, a la comparación con los precios de otros importadores, a la lista de precios entregados a Incomex desde el año de 1967, a los precios decrecientes desde el año de 1964, etc.

En efecto, si el artículo 222 del decreto 444 de 1967 ordena que, terminada la investigación, se corra traslado al interesado, mediante la entrega de copia del informativo, para que, dentro de los cinco días siguientes, formule sus descargos y solicite las pruebas que considere necesarias; si el mismo artículo dice que la apreciación de las pruebas se hará de acuerdo con el valor que les asigna el Código de Procedimiento Penal; esto quiere decir que la Superintendencia de Control de Cambios debe considerar los descargos propuestos por el inculpado y apreciar las pruebas que éste presente, de acuerdo con la ley. Esto, por otra parte, no es más que un desarrollo de un principio general de derecho universalmente reconocido, que se expresa con el aforismo latino: "Audi alteram partem".

Por otra parte, los precios investigados por Incomex no constituyen un a priori intangible y bien puede el inculpado demostrar que uno o varios de esos precios son erróneos o están mal establecidos o se refieren a una materia distinta o a una concentración diferente. En sentencia de noviembre 22 de 1971, referencia No. 1559, el Consejo de Estado dijo, refiriéndose a los precios investigados por el Incomex:

> "Tal información solamente puede desvirtuarse, demostrando que el contenido del oficio acusado es erróneo o sea que los precios de los productos a que el oficio se refiere no corresponden a los precios reales en el mercado internacional".

Por este motivo, esta Sala da respuesta a cada uno de los argumentos del demandante, aducidos en la vía gubernativa así:

a) Dice la Sociedad demandante y lo prueba que los precios de importación de la Eritromicina y sus derivados han rebajado apreciablemente entre los años de 1964 a 1969. Pero esto no significa, por si solo, que no haya habido sobrefacturación, prueba simplemente que los precios de dichos productos han rebajado y nada mas.

b) Afirma la Sociedad demandante que está protegida por patentes y que es la única importadora en Colombia de los productos de que se trata. Pero, en el expediente no hay ninguna prueba de la incidencia que dicha patente haya podido tener en la fijación de los precios de la Eritromicina y sus derivados.

c) Afirma la Sociedad demandante y lo prueba que los precios de importación de los productos de que se trata eran conocidos por la Superintendencia de Comercio Exterior, sin objeción alguna por su parte, desde 1967, por el envío que se le había hecho de los catálogos correspondientes. Esto no significa que no haya habido sobrefacturación, sino que, como la creación de la división de control de precios del Incomex, es relativamente reciente, la averiguación de los precios internacionales de la Eritromicina y sus derivados fué posterior lo mismo que las medidas para evitar la sobrefacturación.

d) Dice también la sociedad demandante que "en el preciso momento en que se daba traslado a Abott Laboratories del expediente de la investigación (abril 14 de 1970), se le concedía licencia para importar Eritromicina al precio acostumbrado de US$0.30 por millón de unidades, en lugar de US$0.233 fijado por el Incomex". Eso probaría el desorden de la administración, pero no la ausencia de sobrefacturación.

e) Dice la sociedad demandante que las resoluciones acusadas se basan en un error de hecho, ya que se trata de dos materias distintas. A este argumento, que es el mas importante, ya se contestó ampliamente en otro lugar de esta sentencia.

f) Dice, por último, la sociedad demandante que "habría que analizar los productos ofrecidos a menor precio por los usurpadores, para verificar si efectivamente tienen una actividad terapéutica similar a los de Abbott Laboratories.

Evidentemente, esto era lo primero que ha debido hacerse, y no solamente un análisis químico de los productos de las casas que dieron informes a Incomex, sino también un análisis de los productos de Abott Laboratories, para saber exactamente la actividad terapéutica correspondiente a todos ellos y entrar entonces, sobre bases seguras, a comparar precios. Pero, esta prueba correspondía aportarla a Abbott Laboratories: "actori incumbit probatio". Pero, como ella no aparece en el expediente, es forzoso concluir que la sociedad demandante no probó que ella introducía un producto con una mayor concentración de materia activa que el introducido por los "usurpadores" y que, por consiguiente, el suyo valía más que el de estos. Todo lo cual era esencial para triunfar.

5. Multa Confiscatoria.

En cuanto al último cargo aducido por la sociedad demandante, o sea el carácter confiscatorio de la multa, que asciende al 85o/o de su capital, la Sala considera:

El artículo 221 del decreto 444 de 1967 dice que la cuantía de las multas puede ser hasta el 200o/o del monto de la operación comprobada. El artículo 34 de la Constitución Nacional dice, por su parte, que no se podrá imponer la pena de confiscasión.

Es evidente que la norma legal ha de interpretarse dentro del marco de la norma constitucional y que, por consiguiente, una multa que sea confiscatoria, aunque esté de acuerdo con la norma legal, no debe aplicarse, de acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, en el caso sub judice, esta Sala está de acuerdo con lo que afirma el Jefe de la Superintendencia de Control de Cambios a folios 70 del expediente, cuando dice: "Además, el volumen y valor de las importaciones no son índice del capital social de una empresa, sino de su real movimiento comercial y demás activos que en la mayoría de las veces son infinitamente superiores a este. Son las reales disponibilidades y solvencia de las empresas las que orientan su actividad comercial y las sitúan en condiciones de intercambiar valores por sumas fabulosas, que distan mucho de lo que en las escrituras de constitución se refleja en sus aportes de capital social. La Superintendencia constató el movimiento contable y revisó las declaraciones de renta de la firma sancionada, en las cuales se nota una suficiente capacidad para absorber el valor de la multa impuesta. Por otra parte, las transferencias de capital extranjero, a través de la sobrefacturación no afectan el capital social de una empresa, sino que se reflejan en los beneficios de la misma al producirse un aumento de costo".

Este cargo, por consiguiente, tampoco está llamado a prosperar.

Por todo lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo en parte con su colaborador fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. Niéganse las peticiones de la demanda.

2. Devuélvase a la Superintendencia de Control de Cambios el expediente que contiene la actuación gubernativa.

3. Revalídese el papel común.

4. Comuníquese esta sentencia en la forma prevista en los artículos 120, 132 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Lucrecio Jaramillo Vélez – *Alfonso Arango Henao* – *Humberto Mora Osejo* – *Ricardo Bonilla Gutiérrez* – Conjuez.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL

EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. La facultad discrecional de la Administración de nombrar y remover libremente a sus empleados subalternos, tiene como finalidad facilitarle a aquélla la manera de prescindir de los servicios de funcionarios que no constituyen garantía suficiente para el "buen servicio". Desviación de poder por no adecuación de los móviles de los actos de la Administración a los fines perseguidos por la Ley.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D.E., mayo cinco de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Rafael Tafur Herrán.

En acción de plena jurisdicción y por medio de mandatario judicial, el señor *Helgidio Ramírez Jaramillo* ha demandado de esta Corporación que se hagan las declaraciones siguientes:

"**Primera.** Que se declare la nulidad de la Resolución Número JD–007 de septiembre 29 de 1970 dictada por la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional, y

"**Segunda.** Que se decrete, a título de restablecimiento del derecho, lo siguiente:

a) El reintegro efectivo del señor Helgidio Ramírez Jaramillo al cargo de Secretario General de la Administración Postal Nacional, o en su defecto a uno de igual o superior categoría y remuneración.

b) Que se condene a la Administración Postal a pagar a Helgidio Ramírez Jaramillo una suma equivalente al valor de los sueldos, primas, bonificaciones etc. correspondientes al cargo de Secretario General de la Administración Postal Nacional durante el tiempo comprendido entre el 29 de septiembre de 1970 y la fecha en que se cumpla la sentencia que se dicte en este juicio y que, para este efecto se tengan en cuenta todos los aumentos que sobrevengan en dichos sueldos, primas, bonificaciones, etc.

c) Que se declare en la sentencia que de la suma a que se refiere el literal anterior, únicamente es deducible el valor de los sueldos que el señor Helgidio Ramírez hubiere devengado durante el mismo lapso y que, en consecuencia, no puede deducírsele suma alguna por concepto de aportes a la Caja de Previsión de Comunicaciones *"Caprecom"*, y

"d) Que se condene a la Administración Postal Nacional a pagar al señor Helgidio Ramírez Jaramillo la suma de $23.106.66 que esta entidad le dedujo al liquidar el monto de la indemnización por restablecimiento del derecho decretada en la sentencia del Consejo de Estado del 22 de julio de 1970".

La Resolución impugnada es del siguiente tenor:

"**Artículo Primero.** Declárase insubsistente a partir de la fecha el nombramiento del señor *Helgidio Ramírez Jaramillo,* del cargo de Secretario General de la Administración Postal Nacional.

"**Artículo segundo.** Esta Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Notifíquese y cúmplase".

Dice el demandante que,

"1. El H. Consejo de Estado, mediante sentencia proferida el 22 de julio de 1970 dispuso, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro del señor Helgidio Ramírez Jaramillo al cargo de Secretario General de la Administración Postal Nacional y el pago de una indemnización calculada sobre los sueldos, primas, bonificaciones, etc. que hubiere dejado de percibir el demandante.

"2. Como apoderado del señor Ramírez, solicité a la Administración Postal el cumplimiento de la sentencia citada y la entidad dictó dos resoluciones:

"a) La número "JD–006 del 29 de septiembre de 1970, por la cual se dispone el reintegro de Ramírez al cargo de Secretario General y el reconocimiento de las sumas correspondientes a pagar, teniendo en cuenta los sueldos, primas y bonificaciones dejados de percibir hasta el momento del reintegro, y

"b) La número "JD–007 del mismo 29 de septiembre de 1970, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: *"Artículo primero.* Declárase insubsistente a partir de la fecha el nombramiento del señor Helgidio Ramírez Jaramillo, del cargo de Secretario General de la Administración Postal Nacional. *Artículo segundo.* Esta resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

"3. La Resolución JD–009 (sic) en cuanto ponía término a una actuación administrativa provocada por el apoderado de Ramírez se notificó personalmente y quedó en firme el día 5 de octubre de 1970.

"4. La Resolución No. JD–007 empezó a surtir efecto desde la fecha de su expedición.

"5. El señor Helgidio Ramírez no fué reintegrado al cargo de Secretario General de la Administración Postal Nacional, ni a otro alguno.

"6. La adpostal ordenó pagar al señor Helgidio Ramírez Jaramillo la cantidad de $470.800.oo, a título del restablecimiento del derecho decretado en la sentencia, suma que se calculó teniendo en cuenta las sucesivas asignaciones correspondientes al cargo de Secretario General de la entidad.

"7. Pero al presentarse la cuenta de cobro, Adpostal ordenó descontar de la suma antes indicada, la cantidad de $23.106.66, con destino a la Caja de Previsión Social

de Comunicaciones de *"Caprecom"*, en concepto de aportes por mesadas y aumento de las mismas. Por consiguiente, la suma efectivamente pagada al señor Ramírez se redujo a $447.274.54".

Y sostiene que con la Resolución antes transcrita se incurrió en "abuso o desviación de las atribuciones propias de la Junta Directiva de la asociación Postal Nacional" entre las cuales no desconoce que está la de remover libremente a los altos funcionarios de la entidad, pero agrega que como la remoción o insubsistencia del nombramiento se ordenó el mismo día que se había dispuesto el reintegro al cargo y en circunstancias tales que "la providencia que ordenaba el reintegro debía notificarse al interesado, cumplido lo cual corría el término de la ejecutoria", y en cambio "la Resolución de destitución no debía notificarse y produjo efectos inmediatos a partir de su expedición", hubo imposibilidad jurídica para que el reintegro fuera efectivo según lo ordenó el Consejo de Estado en su fallo, quedando así en evidencia que la Adepostal no persiguió un fin de buen servicio, sino que lo que se propuso y consiguió fue desconocer los efectos de una sentencia judicial, incurriendo así en infracción tanto del artículo 66 del C.C.A. como de los artículos 473 y 474 del C.J. sobre la fuerza de la cosa juzgada y su imperatividad en orden al cumplimiento que debe darle la Administración, conforme al artículo 119, numeral 2o. de la Constitución Nacional.

Tramitado debidamente el juicio y habiendose oído a la Administración Postal Nacional, –que constituyó apoderado– y al señor agente del Ministerio Público, entra la Sala a decidir con base en una nueva ponencia redactada por el Consejero que sigue en orden alfabético por no haber la mayoría acogido la presentada por el Consejero sustanciador.

La Administración Postal Nacional por conducto de su apoderado se ha opuesto a lo pedido en el libelo; sostiene por su parte que al fallo del Consejo de Estado se le dió efectivo cumplimiento, e invocando lo dicho por esta misma Corporación en sentencia de 23 de agosto de 1962 insiste en que reintegrado como lo fué el demandante el cargo en los términos de la Resolución No. 006 de 1970 y tratándose de un empleo de libre nombramiento y remoción, ésta podía ordenarse de ahí en adelante porque de lo contrario se desconocería esa facultad de libre remoción de los empleados no protegidos por ningun fuero de estabilidad.

Para la Fiscalía 4a. del Consejo "no se necesita hacer una larga exposición o acudir a lucubraciones especiales para concluír que en el caso de estudio debe prosperar la nulidad impetrada contra el acto enjuiciado si se considera que la Administración Postal Nacional al proferir en la misma fecha en que había expedido la Resolución de reintegro de Helgidio Ramírez Jaramillo, otra providencia declarando insubsistente su nombramiento, quebrantó de

manera notoria las normas legales que se relacionan en la demanda. En efecto: en la segunda Resolución, la Administración incurrió en desviación de poder porque lo dicho en ella va en contra del fin que se perseguía en la anterior, a más de que se vulneraron abiertamente los efectos de la cosa juzgada porque se desconoció un fallo ejecutoriado del Consejo de Estado".

Y como consecuencia sostiene que en tratándose del cumplimiento de un fallo judicial, la tesis de la sentencia de 22 de agosto de 1962 "no es aplicable al caso de estudio si se considera que primero debe tener lugar la reincorporación del funcionario, para poder concluír que los efectos del fallo no pueden prolongarse con posterioridad a esa reincorporación" en salvaguarda del principio de libre remoción.

Lo anterior desde luego no le impide a la Fiscalía concluír que como "deba presumirse que el demandante en ningún momento dejó de ser empleado, de la Administración" estuvo bien que al serle liquidados y pagados los sueldos, primas y bonificaciones ordenados en el fallo se le hicieren los descuentos con destino a Caprecom.

Concluye por tanto la colaboradora Fiscal que la solicitud de nulidad debe despacharse favorablemente, ordenandose el efectivo reintegro de Ramírez al cargo y el pago de sus sueldos conforme al literal b) de la parte petitoria del libelo, esto es, desde el 29 de septiembre de 1970, fecha hasta la cual se le pagaron los causados a partir del 1o. de enero de 1966, hasta aquella "en que cumpla la sentencia que se dicte en este juicio"; y que en cambio deben negarse las súplicas de los literales c) y d).

Se considera:

Bien claro ha quedado que no se demandó la nulidad sino en relación con la Resolución 007 de 1970 antes transcrita. De esto solo aparece que al demandante se le declaró insubsistente el nombramiento "del cargo de Secretario General de la Administración Postal Nacional". Siendo este un empleo de libre remoción por la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional que profirió el acto, este acto aisladamente resulta inobjetable y quizá para la adecuada configuración del abuso de poder que se afirma en la demanda hubiera sido menester que se acusara también la Resolución 006 de 1970 que con la 007 integra la situación toda dentro de la cual se han movido y ejercitado con desviación –según el actor– los poderes de la Administración.

Mas no hay para que insistir al respecto porque otras consideraciones llevan igualmente a estimar infundada la presente acción que, de prosperar, dicho sea de paso, agregaría nuevos y considerables desembolsos al de $470.800.oo

ya efectuado por la Administración Postal a favor de aquél en razón de sueldos en varios años (fol.23). En efecto:

A la desviación de poder se le asignan como fundamentos principales en este caso los que pueden sintetizarse así conforme al respectivo alegato de conclusión:

1. Que en un mismo día la Administración Postal Nacional ordenó reintegrar y en seguida destituyó al demandante como Secretario de la propia entidad;

2. Que la segunda Resolución o sea la de destitución distinguida con el No. 007 de 1970 –septiembre 29– tiene el número inmediatamente siguiente al de la primera que dispuso el reintegro;

3. Que la resolución de reintegro al cargo no podía efectuarse inmediatamente porque como culminación que era de una actuación administrativa, ella debía notificarse, podía pedirse su reposición, etc. y por lo mismo su ejecutoria no había de producirse sino con posterioridad al día de su expedición;

4. Que en el intervalo entre la destitución hecha efectiva a partir del primer día de 1966 y el día del reintegro, según lo ordenado en la sentencia de 22 de julio de 1970 el actor estuvo desvinculado en un todo del servicio.

Empezando por esto último, las propias voces del fallo en mención están demostrando otra cosa porque lo que al demandante se ordenó pagarle fueron precisamente sus sueldos correspondientes a dicho lapso y con la adición de que el tiempo en que "estuvo cesante, debe computársele para el reconocimiento de sus prestaciones sociales" esto es, como tiempo de servicio. Nada más claro, por tanto.

Como es claro también que si el reintegro al cargo lo había pedido el actor desde la demanda y se le concedió en el fallo y de este fallo quedó debidamente notificado, no se hacía necesaria la notificación de la Resolución 006 que lo reintegraba porque su voluntad de aceptar el reintegro estaba expresada con anterioridad. No sólo era susceptible de inmediato cumplimiento sino que en el propio interés del demandante estaba acogerse a ella de modo inmediato también. Regía, según sus términos, a partir de la fecha de su expedición.

Acerca de los puntos anteriores le basta a la Sala reproducir los siguientes autorizados conceptos contenidos en el fallo del Consejo de fecha 23 de agosto de 1962:

"Dice la demanda que reintegrar a una persona en un cargo no significa nombrarlo, sino darle la posesión correspondiente, porque según lo establece el Código de Régimen Político y Municipal ningún empleado puede entrar a ejercer sus funciones sin haber tomado posesión del cargo (artículo 251 ibidem).

"Para el caso del reintegro, tal como en cumplimiento de la sentencia de esta Sala lo dispuso el Director del Instituto, así como no se requería nombramiento nuevo tampoco podía exigirse ni se exigió nueva diligencia de posesión.

"En cuanto al plazo de diez días que el artículo 248 del mismo Código concede al nombrado para aceptar o rehusar un empleo público de voluntaria aceptación, tal norma no es aplicable al reintegro, en el cual se trata de que el empleado reasuma sus funciones.

"El demandante había exigido que se le restableciera en su empleo y así lo ordenó el fallo del cual quedó notificado en oportunidad. De modo que su voluntad de aceptar el reintegro para continuar desempeñando su cargo estaba expresada desde la demanda. Al comunicársele, en oficio del 3 de noviembre (hecho 6o.) que por medio de la Resolución número 1122 dictada la víspera, el Instituto lo reintegraba, era a él –al reintegrarlo en el ejercicio de sus derechos y en cumplimiento de sus deberes de Almacenista– a quien correspondía acudir a desempeñar el empleo o manifestar las razones por las cuales no podía hacerlo sino dentro de cierto término. La obligación de hacer que el fallo imponía al Instituto en cuanto al reintegro del demandante a sus funciones de Almacenista quedaba cumplida con la resolución y la comunicación que de ella se le hizo al día siguiente.

"La obligación impuesta por el fallo al Instituto en cuanto al reintegro del señor Piñeros Romero en el ejercicio del cargo quedaba cumplida –ya se dijo– con la Resolución número 1122 y la comunicación respectiva al interesado.

"De ahí en adelante era a este a quién correspondía reanudar el cumplimiento de sus deberes como empleado y llenar las formalidades correspondientes para ese fin. No aparece demostrado – pero ni siguiera afirmado por el demandante– el hecho de que se hubiera presentado a desempeñar el empleo o manifestado alguna excusa para no hacerlo en oportunidad. Tampoco aparece que el Instituto hubiera puesto ningún obstáculo para que el demandante reanudara el ejercicio de sus funciones como Almacenista, lo cual sí habría constituído un hecho positivo de incumplimiento en el fallo.

"Agotado por la Dirección del Instituto el cumplimiento de la obligación que en cuanto al reintegro del demandante le imponía la sentencia, y puesto que se trataba de un empleado de libre nombramiento y remoción, ya no podía haber ningún obstáculo de orden legal para que aquella ejercitara la facultad de removerlo. Los efectos de la sentencia no podían ir más allá del reintegro. En los mismos considerandos de aquella providencia se había dicho, a propósito de la petición disyuntiva de restituir al actor en puesto "de igual o superior categoría" a aquél de que con desviación de poder había sido desplazado, que dicha "solicitud no cabe cuando se trata de un funcionario de libre remoción, no amparado, por ende, por

fuero de inamovilidad alguna. Lo único procedente en casos así, es tan solo restablecer al empleado separado de la Administración Pública en el mismo cargo que desempeñaba cuando con desviación o abuso de poder fué retirado, sin para en nada disminuír el derecho o facultad de 'libre remoción' que por el Estado o los Establecimientos públicos descentralizados pueda tenerse.

"Pero cumplido el reintegro, quedó restablecido el señor Piñeros en su cargo. Y además, por Resolución posterior –según lo dice el apoderado del Instituto– le fué reconocido el valor de los sueldos correspondientes al lapso comprendido entre el 1o. de agosto de 1959 y el 1o. de noviembre de 1960, "suma que fué cancelada oportunamente".

"Reintegrado el señor Piñeros, como se hizo, quedaba nuevamente en la condición estatutaria de empleado libremente removible. La Resolución de insubsistencia número 1139 del 7 de noviembre de 1960, proferida por el Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y aprobada por la Junta Directiva del mismo, es un caso posterior al del reintegro, con el cual se le había dado ya cumplimiento a la sentencia de esta Sala, la cual podía ordenar y ordenó restablecer al señor Piñeros en sus funciones, pero no dispuso –ni habría podido disponer en este caso sin invadir facultades discrecionales de la Administración– conservar el reintegro en el cargo.

"La nueva Resolución de insubsistencia, cuya anulación se ha pedido en la demanda, no implica, pues, incumplimiento del fallo cuyos efectos quedaron agotados con la reintegración del empleado anteriormente destituído. Si se admitiera que cuando en una sentencia se ordena restablecer en su empleo a un funcionario de libre nombramiento y remoción éste tiene que ser conservado en el cargo durante cualquier lapso de tiempo, ello implicaría sostener la tesis injurídica de que la sentencia prolongaría sus efectos después del acto de reincorporación del funcionario con desconocimiento de la facultad que tiene la persona administrativa para remover libremente a los empleados no protegidos por estatuto alguno de inamovilidad.

"El sistema de la discrecionalidad en el nombramiento y remoción de empleados, que es el que rige para el caso sub–judice, da margen, efectivamente, para dictar actos injustificados respecto de buenos servidores de la Administración y eso puede haber ocurrido en el caso de autos. Pero es el sistema legal aplicable y es necesario admitir que la sentencia que ordenó reintegrar al señor Piñeros Romero fué cumplida con la Resolución de reintegro y reconocimiento de las demás prestaciones y que con eso quedaron agotadas las obligaciones que la sentencia impuso al Instituto".

También era aquél un caso de cumplimiento de una orden judicial de reintegro y en que contrariamente a lo que parece haber entendido el actual demandante, se hacía igual afirmación de que "en ningún momento (el empleado) fué reintegrado a su cargo efectivamente como lo ordenó el H. Consejo de Estado" (aparte de la demanda que el fallo transcribe).

La similitud, pues, con el de autos es completa en cuanto a las situaciones contempladas. Además, la doctrina del fallo de 23 de agosto de 1962 ha sido

acogida recientemente por la mayoría de la Sala en providencia de fecha 18 de febrero del corriente año, y no se han dado hasta ahora razones valederas para rectificarla. Se repite por consiguiente con el fallo en cita:

La declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante en el cargo de Secretario de Adepostal no implica incumplimiento en el fallo del Consejo de Estado de fecha 22 de julio de 1970 cuyos efectos quedaron agotados con el acto de la misma entidad reintegrándolo al cargo. Si se admitiera que cuando en una sentencia se ordena restablecer en su empleo a un funcionario de libre nombramiento y remoción éste tiene que ser conservado en el cargo durante cualquier lapso de tiempo, ello implicaría el desconocimiento de la facultad que tiene la persona administrativa para remover libremente a los empleados no protegidos por estatuto alguno de inamovilidad.

Aparte de que para casos como el de autos si, como es de presumir, ya se encontraba desempeñando la Secretaría una persona legalmente nombrada y posesionada cuyo nombramiento tampoco se cuidó el demandante por acusar, se presentaba así un factor más para justificar el proceder de la Administración.

No hay que olvidar —también se insiste— que si de una manera general las resoluciones en que culmina una actuación administrativa deben notificarse y son susceptibles de recursos, en casos de reintegro de un empleado en virtud de ordenamiento judicial provocado y obtenido por el mismo la necesidad de la notificación no se advierte, ni se advierte tampoco en qué pudiera radicar su inconformidad que sería para lo que habría que dejar a salvo los correspondientes recursos legales. La orden de reintegro, en sí, es susceptible de cumplimiento inmediato, o como lo dispuso aquí la Administración Postal: "a partir de la fecha de su expedición".

No hay por consiguiente lugar a acoger las súplicas de la demanda.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, no accede a ellas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Este fallo fué discutido y aprobado por la Sala en su sesión de fecha veintiocho de abril de mil novecientos setenta y dos.

Cópiese y notifíquese.

Alvaro Orejuela Gómez — Con salvamento de voto — *Rafael Tafur Herrán* — *Eduardo Aguilar Vélez* — *Nemesio Camacho Rodríguez.*

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Correspondió al suscrito Consejero como Sustanciador del presente juicio, elaborar el proyecto de sentencia respectivo, el cual fue negado por la mayoría de los integrantes de la Sala.

Para la elaboración de una nueva ponencia pasó el negocio al Consejero que sigue en turno, quien la presentó a la consideración de la Entidad, siendo acogida y aprobada por sus componentes, a excepción del que suscribe este Salvamento, por no compartir los planteamientos jurídicos expuestos en la sentencia mencionada.

Como los motivos fundamentales de esa discrepancia se encuentran ampliamente analizados en el primitivo proyecto de fallo, —a la luz de las normas que establecen las leyes y regulan el procedimiento para el caso controvertido—, el suscrito Consejero se permite transcribir sus principales apartes, por considerar que en ellos se hace un exhaustivo estudio de las justas razones que acompañaban al demandante para pedir el restablecimiento de sus derechos vulnerados por la Administración y que la providencia proferida por la mayoría de la Sala, se negó a reconocerle.

Dicen así:

Mediante sentencia del 22 de julio de 1970 esta Corporación ordenó el reintegro del demandante señor *Helgidio Ramírez Jaramillo,* al cargo que venía desempeñando, como también el pago de los sueldos dejados de percibir entre la fecha en que invocando una renuncia no presentada fue separado del servicio y aquella en que se le restituyera al mismo.

En cumplimiento del fallo aludido, la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional, expidió el 29 de septiembre de 1970, dos Resoluciones. La primera es la número "JD" 006 cuya parte resolutiva dispuso:

> **"Artículo primero.** Reintégrase al cargo de Secretario General de la Administración Postal Nacional al señor *Helgidio Ramírez Jaramillo.*
>
> **"Artículo segundo.** Reconócese a favor del señor *Helgidio Ramírez Jaramillo* los sueldos, primas y bonificaciones dejados de percibir desde el primero (1o.) de enero de 1966 hasta la fecha de esta providencia, teniendo en cuenta las modificaciones que dichos sueldos, primas y bonificaciones hubieren tenido dentro del referido lapso.
>
> **"Artículo tercero.** De las sumas que se reconocen según el artículo anterior deben deducirse las que el señor *Helgidio Ramírez Jaramillo* hubiere devengado en otras dependencias del Estado dentro del mismo lapso.

"**Artículo cuarto.** Esta Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Notifíquese y cúmplase".

Debe advertirse que la anterior providencia, para surtir los efectos allí ordenados, necesitaba no solamente la notificación sino también su ejecutoria, circunstancia que de acuerdo con la anotación que obra en la copia adjunta, sólo surtió efectos a partir del día cinco (5) de octubre de mil novecientos setenta (1970). Esta providencia debía notificarse porque ponía fin a la actuación administrativa provocada por el interesado para obtener el cumplimiento del fallo, de conformidad con lo que establecía el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo, sustituído por el artículo 10 del Decreto 2733 de 1959, que dice: "Las providencias que ponen fin a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional se notificarán personalmente al interesado o a su representante o apoderado, dentro de los cinco (5) días siguientes a su expedición". De consiguiente, sin el requisito de la notificación, no podía producir efectos legales la Resolución 006 de la Administración Postal Nacional, al tenor de lo preceptuado en el artículo 12 del Decreto en referencia.

En la misma fecha (29 de septiembre de 1970) la Junta Directiva mencionada profirió la Resolución número "JD" 007, cuya parte resolutiva es como sigue:

"**Artículo primero.** Declárase insubsistente a partir de la fecha el nombramiento del señor *Helgidio Ramírez Jaramillo,* del cargo de Secretario General de la Administración Postal Nacional.

"**Artículo segundo.** Esta Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Notifíquese y cúmplase".

La anterior providencia por tratarse de un acto–condición, no susceptible de ningún recurso, surtió efectos inmediatos.

De lo dicho se deduce que el demandante fue declarado insubsistente antes de ser reintegrado en el cargo al cual había ordenado el Consejo de Estado se le restituyera. Es decir, se declaró su insubsistencia de un empleo que aún no estaba desempeñando, puesto que su restablecimiento solamente podía producirse a partir de la ejecutoria de la providencia que así lo decidió o sea desde el cinco (5) de octubre, mientras que su relevo tuvo lugar el veintinueve (29) de septiembre último.

Como puede observarse, la Administración Postal Nacional, no ha cumplido aún el fallo del Consejo, por el cual se dispuso la reincorporación del señor

Helgidio Ramírez Jaramillo al cargo de Secretario General de la Entidad; ese incumplimiento lo determinó el acto acusado al hacer imposible la orden de reintegro impartida por la Resolución inmediatamente anterior. Significa esto que la Resolución "JD" 007 de 1970, en cuanto desconoce una sentencia ejecutoriada, implica violación del numeral 2o. del artículo 119 de la Constitución Nacional y del principio de "la cosa juzgada" consagrado en los artículos 92 y 121 del Código Contencioso Administrativo, 473, 474 y 564 del antiguo Código Judicial y 332 del actual Código de Procedimiento Civil.

Desde el momento en que la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional acudió al criticable expediente de aceptar al actor una renuncia no presentada, para prescindir de sus servicios, se establece, claramente, que no estaba obrando en beneficio de la buena administración, como es el deber de todo organismo gubernamental, sino por motivos completamente ajenos a ello. Y cuando una Entidad o un servidor público proceden en esa forma, queda configurada la causal de nulidad que consagra el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, por abuso o desviación de poder. Dando cumplimiento a ese precepto legal esta Corporación en la sentencia antes mencionada, ordenó reintegrar al actor en el cargo del cual fue destituído. Pero transgrediendo ahora los perentorios ordenamientos del Consejo de Estado, Adpostal emplea medios vedados a la Administración Pública, con el objeto de burlar sus decisiones.

De otro lado, partiendo del principio permanentemente instituído en nuestra legislación positiva de que los funcionarios del Estado deben encaminar todas sus actividades al mejoramiento del servicio público, es aún más censurable la actitud asumida por la referida Institución.

Es evidente que a excepción de quienes gozan de una inamovilidad relativa por ampararlos un estatuto o fuero especial o por pertenecer a la carrera administrativa, los Agentes del Gobierno están revestidos de lo que se denomina facultad discrecional de libre nombramiento y remoción de sus empleados subalternos. Pero es necesario dejar sentado que esa atribución no se les ha conferido con la finalidad de acomodar la función pública a sus propios caprichos o intereses, sino todo lo contrario, de facilitarles la manera de prescindir de los servicios de funcionarios que no constituyen garantía suficiente para una buena administración, y de nombrar a personas que consideren capaces e idóneas para el mejor desempeño del cargo que se les confía. Cualquier otro motivo que se tenga en cuenta, ajeno a la marcha recta y eficiente de la Administración, no es digno de la Institución o del funcionario que lo alegue.

En un Estado de Derecho, la facultad de libre nombramiento y remoción no equivale a la arbitrariedad, pues el otorgamiento de facultades, por amplias

que ellas sean para apreciar los hechos y tomar las decisiones más convenientes al bien común y, concretamente, al "buen servicio", supone una subordinación de medio a fin; sin ésta el poder disorecional degeneraría en la arbitrariedad que es la total negación del Estado de Derecho. En tal virtud, si un acto, realizado en ejercicio de un poder discrecional es contrario a los fines de la Ley, o no hay adecuación entre el móvil de aquél y el buen servicio, el acto está viciado de nulidad.

El derecho positivo colombiano y las legislaciones de la mayoría de los Estados modernos, consagran instrumentos jurídicos para garantizar la subordinación, de los medios al fin, uno de los cuales es la Institución conocida como "la desviación de poder" (Artículo 58 del C. C. A.), que esta Corporación ha definido así:

> "La desviación de poder consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, lo ejecuta, no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otros distintos".

La Administración incurre, pues, en desviación de poder cuando los móviles de sus actos no se adecúan al fin perseguido por la Ley que confiere la facultad. Cuando se inviste a un órgano administrativo de la facultad de libre nombramiento y remoción de funcionarios, significa que se le atribuye el poder para decidir sobre la investidura o desinvestidura de agentes públicos, sin sujeción a la voluntad de otro órgano y con libertad para apreciar las condiciones de idoneidad, capacidad, eficiencia, etc. de los candidatos o de los empleados en ejercicio; pero esta atribución tan amplia se otorga así, porque en ciertos casos tal procedimiento resulta ser el más indicado para lograr lo que la Administración requiere: "el buen servicio". Por consiguiente, el ejercicio de aquella potestad tiene que estar enderezado siempre hacía esa suprema finalidad, y cuando ello no sea así, bien por interés particular del órgano nominador, ora por el propósito de perjudicar a alguien o de desconocer un derecho legítimo o de eludir un deber legal, se tipifica, entonces, la desviación de poder, pues en ninguno de estos casos concuerda el móvil del acto con aquella suprema finalidad de la Ley, produciéndose así una especie de descarrilamiento del poder conferido por ella.

En el caso de autos, está demostrado que el motivo determinante de la "destitución" del actor, fue desconocer la sentencia del Consejo de Estado, lo cual se infiere de los siguientes hechos que tienen plena comprobación en el expediente:

Que en un mismo día se dictaron dos Resoluciones, una por la cual se reintegraba a Ramírez Jaramillo y la otra por la cual se le destituía. La primera sólo podía producir efectos varios días después del 29 de septiembre, fecha en que fue expedida, en tanto que la segunda causó efectos inmediatos, por no ser susceptible de recurso alguno.

Estos hechos diferentes entre sí pero concordantes y convergentes (Artículo 250 del C. de P.C.) constituyen indicios con los cuales se comprueba la intención de Adpostal de eludir o burlar el cumplimiento de la sentencia. Por ello el acto impugnado es nulo por desviación de poder, pues se utilizó la facultad de libre nombramiento y remoción para fines totalmente extraños al "buen servicio" y, concretamente, para desconocer un fallo judicial.

Ahora bien, lo antes dicho no significa que la orden de reincorporación dada en un fallo como el que se comenta, deba entenderse como una garantía de permanencia indefinida en un cargo de libre nombramiento y remoción, pues una vez que se cumpla el reintegro, si el órgano que conserva la facultad advierte que el funcionario restablecido no es útil o no conviene a las exigencias del servicio, o encuentra a una persona más idónea para desempeñar las funciones que aquél venía ejerciendo, puede proceder a destituirlo, sin incurrir en ilegalidad. Pero, como atrás se observó, todo depende del móvil que inspire el acto.

El apoderado de la Administración Postal Nacional fundamenta su oposición a las pretensiones de la demanda, en la doctrina sustentada por el Consejo de Estado en sentencia del 23 de agosto de 1962. A este respecto cabe formular las siguientes consideraciones:

Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento de la sentencia del 23 de agosto de 1962, son completamente distintos a los del negocio que ahora se decide. En efecto: una vez ejecutoriada la providencia que ordenó el reintegro del demandante señor Piñeros Romero, al cargo de Almacenista, el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", sin mediar requerimiento o petición del interesado, procedió al cumplimiento del fallo, aceptando la renuncia de la persona que por entonces desempeñaba esas funciones y dictando la Resolución de reintegro que se le comunicó inmediatamente al demandante Piñeros para que volviera a asumirlas. Transcurrieron cinco días más sin que éste se presentara y entonces el Instituto procedió a declarar su insubsistencia. Este acto fue demandado en acción de plena jurisdicción y para poner fin al juicio el Consejo de Estado dictó la sentencia antes mencionada, en la cual, con razón, dijo:

> "La obligación de hacer que el fallo imponía al Instituto en cuanto al reintegro del demandante a sus funciones de Almacenista, quedaba cumplida con la Resolución y la comunicación que de ella se le hizo, al día siguiente. La obligación impuesta por el fallo al Instituto en cuanto al reintegro del señor Piñeros Romero en el ejercicio del cargo quedaba cumplida –ya se dijo– con la Resolución número 1122 y la comunicación respectiva al interesado. De ahí en adelante era a este a quien correspondía reanudar el cumplimiento de sus deberes como empleado y llenar las formalidades correspondientes para ese fin. No aparece demostrado –pero ni siquiera afirmado por el demandante– el hecho de que se hubiera presentado a desempeñar el empleo o manifestado alguna excusa para no hacerlo en oportunidad. *Tampoco aparece que el Instituto hubiera puesto ningún obstáculo para que el demandante reanudara el ejercicio de sus funciones como almacenista, lo cual sí habría constituído un hecho positivo de incumplimiento al fallo".* (Se subraya).

Lo anteriormente transcrito permite concluir que a la luz de la doctrina contenida en el fallo citado por la parte demandada, y teniendo en cuenta que en el caso presente Adpostal impidió que el actor reasumiera el ejercicio de sus funciones, o sea que hubo "un hecho positivo de incumplimiento de la sentencia" del Consejo, la decisión debe ser diferente. Así lo habría entendido el fallador de 1962, según se colige de los propios términos de la providencia antes mencionada.

En cuanto a las peticiones contenidas en los apartes c) y d) de la demanda, la Fiscalía Cuarta de la Corporación expresó al final de su concepto de fondo:

> "Como consecuencia de lo anterior, este Despacho solicita al Honorable Consejo de Estado se sirva acceder a lo solicitado en la petición primera y segunda de la demanda, ordinales a) y b) y negar los ordinales c) y d) de la misma, en virtud de las siguientes razones: la parte impugnadora sí podía hacer al demandante los descuentos con destino a "Caprecom", porque debe presumirse que este último en ningún momento dejó de ser empleado de la Administración. De ahí que la misma sentencia del Consejo de Estado hubiera ordenado el pago de todos los sueldos, primas, bonificaciones y hubiera declarado, además, que no hubo solución de continuidad para efecto de las prestaciones. En consecuencia, no deben prosperar estas dos últimas súplicas".

La Sala no comparte la anterior opinión de su distinguida Fiscal colaboradora, por estas razones:

La consideración de que no existe solución de continuidad en la prestación del servicio, como consecuencia de la orden de reintegro decretada por la ilegalidad del acto de destitución, es una simple ficción, aceptable apenas para liquidar las prestaciones futuras del empleado, pero inadmisible para otros efectos, pues la realidad es que sí se produjo solución de continuidad y que, precisamente, por eso, el actor careció durante todo ese tiempo de los servicios de la Entidad de Previsión. De consiguiente, también carecería de

causa cualquier deducción por concepto de aportes que se hicieran con destino a ella, durante el mismo lapso.

De otra parte, la suma que se ordena pagar en una sentencia, a título de restablecimiento del derecho, a la persona destituída ilegalmente, no constituye sueldo o salario; es una indemnización, según expresa norma legal —artículo 68 del Código Contencioso— Administrativo—, lo cual es obvio, porque el sueldo o salario supone siempre la prestación efectiva de un servicio que en el caso presente, no se pudo satisfacer; en tanto que la indemnización se reconoce y paga por la lesión de un derecho. Y es sabido que los aportes de los funcionarios públicos a las Entidades de Previsión se cubren en razón del sueldo o salario devengado, según las Leyes y Decretos que rigen sobre el particular, y nó por concepto de condenas de indemnización.

Transcrito el anterior proyecto de fallo como salvamento de voto de la sentencia pronunciada en este juicio por la mayoría de la Sala, debo agregar que considero muy graves las consecuencias y efectos que de aquélla se deriven, toda vez que el propio Consejo de Estado se encarga de expedir un acto jurisdiccional que le permitirá a la Administración Pública desconocer las decisiones ejecutoriadas de los órganos de la jurisdicción contencioso—administrativa. Además, como la sentencia aludida le asigna a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción un alcance tan desmesurado que la equipara con un *poder arbitrario,* estimo que se sienta un funesto precedente con el cual se aniquila un aspecto capital del restablecimiento del derecho, cuando se trate de cargos de libre nombramiento y remoción.

Por lo anteriormente expuesto, me permito concluir que ha debido accederse a las súplicas de la demanda.

Alvaro Orejuela Gómez.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

MARCAS Y PATENTES. *La jurisdicción y la competencia en relación con las acciones contra los actos administrativos que se refieren al registro de marcas y las acciones de oposición y de cancelación del mismo.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., mayo veintidós de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo.

Sesión del día doce de mayo de mil novecientos setenta y dos.

Ref. Expediente No. 1777.

El Jefe de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante providencia del 3 de marzo pasado y con base en el Art. 596 del Decreto ley 410 de 1971, por el cual se expidió el nuevo Código de Comercio, ordena remitir el expediente al Consejo para que "avoque el conocimiento de la solicitud de cancelación" del certificado de registro No. 69.752 de la marca de fábrica "Colkim", expedido el 13 de octubre de 1969.

Por tratarse de un problema relativo al tránsito de legislación, precisa examinar si, con base en el Art. 596 del nuevo Código de Comercio, el Consejo es o nó competente para conocer de la referida solicitud de cancelación.

1. **El caso sub judice.** El problema, en el caso sub judice, consiste en determinar si de la acción de cancelación del registro No. 69.752 de la marca de fábrica "Colkim", expedido el 13 de octubre de 1969 en favor de la sociedad denominada "Colombiana Kimberly S.A.", debe conocer la jurisdicción ordinaria, con competencia privativa, ratione materiae de los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá, o la contencioso administrativa, mediante competencia atribuída, también ratione materiae el Consejo de Estado.

2. **La historia legislativa sobre el caso propuesto.** Para determinar la jurisdicción y el juez competente para conocer del caso propuesto, precisa examinar los antecedentes legislativos de la institución.

1. **Las leyes 31 de 1925 y 94 de 1931.** Estas leyes reconocen el derecho de propiedad de las marcas de fábrica, comercio o agricultura, por registro o uso público y notorio, y consagran en favor de sus propietarios las acciones y recursos pertinentes para hacerlo valer, en síntesis, a saber:

a) Acción de oposición al registro de una marca o de cancelación del mismo, en favor del que alegue derechos sobre ella, por "falsificación o imitación de la marca usada o registrada" (Arts. 32, Inc. 2o., 37 y 43 de la Ley 31 de 1925; 5o., 6o. y 8o. de la Ley 94 de 1931);

b) Acción de oposición al registro de una marca o de cancelación del mismo, en favor de quien, "sin tenerla registrada, alegare pertenecerle por haberla usado pública y notoriamente en el país con anterioridad de tres años por lo menos, y para artículo de la misma naturaleza" (Arts. 37 de la Ley 31 de 1925, 4o., 7o. y 8o. de la Ley 94 de 1931);

c) Acción de nulidad o de plena jurisdicción contra el acto que lo ordena y el registro efectuado con violación de la Ley (Art. 30, 32, Incs. 1o. y 3o., 33, 35, 39, 49 y 50 de la Ley 31 de 1925; 3o. de la Ley 94 de 1931; 62 a 66 del C.C.A.);

d) Amparo administrativo, ante el Alcalde del domicilio del infractor, en favor del propietario de la marca inscrita, para hacer cesar los actos de violación del derecho, cuantas veces como sea necesario (Arts. 67 a 77 de la Ley 31 de 1925);

e) Acciones por competencia desleal, para que cesen los actos que la constituyen y se indemnicen los perjuicios (Arts. 65 y 66 de la Ley 31 de 1925).

2. **La jurisdicción y la competencia para conocer de las acciones de oposición y de cancelación.** El conocimiento de las acciones de oposición y de cancelación del registro se adscribió a la jurisdicción ordinaria, específicamente a los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá en primera instancia (Arts. 36 de la Ley 31 de 1925 y 9o. de la Ley 94 de 1931), según sostuvo la Corte, como una competencia ratione materiae, especial y prevalenciente conforme al Art. 204 del derogado Código de Procedimiento Civil (Sala de Negocios Generales, auto del 16 de agosto de 1950, G.J. Tomo LXVII, Pág. 338), que debía ejercerse mediante el procedimiento sumario prescrito por el Art. 1206 ibídem. Las otras acciones civiles, como la competencia desleal, se adscribieron también, según las reglas comunes, a la jurisdicción ordinaria.

Exceptuadas las acciones indicadas, en este mismo orden de ideas, correspondía a la jurisdicción contencioso–administrativa, específicamente al Consejo de Estado, el conocimiento de las acciones de la misma índole contra los actos administrativos relativos a patentes, marcas y nombres comerciales, según ha sostenido la jurisprudencia del Consejo, como los que deniegan el derecho a obtener el registro de marcas (Sentencia del 30 de

julio de 1935, Anales Tomo XXVIII, Págs. 667–671, y del 12 de noviembre de 1965), rechazan las oposiciones al registro de las mismas (Sentencia del 20 de octubre de 1940, Anales Tomo XLIII, págs. 830–834), u ordenan administrativamente, sin sentencia que la disponga, su cancelación (Sentencia del 25 de septiembre de 1961, Anales Tomo LXIII, 1a. Parte, Págs. 242–255).

3. **La reforma jurisdiccional de 1964 y el régimen de las acciones de oposición y de cancelación.** El Decreto ley No. 528 de 1964, que modificó el régimen de las jurisdicciones ordinaria y contencioso–administrativa, adscribió a los Jueces Civiles Municipales de Bogotá, por el Parágrafo del Art. 6o., el conocimiento, en primera instancia, "de los juicios relativos a patentes, marcas y nombres comerciales" atribuídos a los Jueces Civiles del Circuito de la mencionada ciudad. Pero, el Art. 3o. del Decreto Ley No. 1819 del mismo año subrogó esta disposición en el sentido de disponer que "de los juicios de oposición al registro de marcas, patentes y nombres comerciales atribuídos hoy a los jueces del Circuito Civil de Bogotá, conocerán en primera instancia los jueces municipales en lo civil de la misma ciudad"; y el Art. 5o. ibídem, recíprocramente, dispuso que "la Sala de lo Contencioso–administrativo del Consejo de Estado conocerá de los asuntos en que se controvierta la legalidad de los actos administrativos relacionados con el registro de marcas, patentes y nombres comerciales, ya se trate de juicios de cancelación o de nulidad", previo agotamiento de la vía gubernativa. Además, el Parágrafo 1o. del Art. 3o. del Decreto Legislativo No. 1867 de 1965, que restableció parcialmente los juzgados del Circuito, modificó las normas indicadas anteriormente al prescribir que "de los juicios relativos a patentes, marcas y nombres comerciales, conocerán exclusivamente, en primera instancia, los jueces civiles del Circuito de Bogotá".

La Sección 2a. del Consejo, en providencia del 25 de abril de 1966, de que fué ponente el doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez, fijó el alcance de la competencia del Consejo, luego de transcribir las normas ultimamente indicadas, en los siguientes términos:

"Según el texto de las normas transcritas es indudable que a partir del día 16 de julio de 1965, definitivamente, todas las controversias que se susciten con motivo de las oposiciones al registro de marcas, patentes o nombres comerciales, así como de las solicitudes para que se cancelen actos de esa naturaleza por los motivos establecidos por la ley, son del conocimiento de los jueces del circuito de Bogotá, como lo había sido antes de entrar en vigencia la actual Reforma Judicial, y esto se explica porque tales juicios son contenciosos de derecho privado.

"La Sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado sólo conoce "de los asuntos en que se controvierta la legalidad de los actos administrativos relacionados con el registro de marcas, patentes y nombres comerciales", conforme el transcrito artículo 5o. del Decreto 1819 de 1964. Esto sucede sólo cuando se demanda la nulidad de las resoluciones por las cuales el respectivo despacho ministerial otorgue o niegue el registro de marcas, patentes o nombres comerciales, incurriendo, según el demandante, en alguna violación de las normas legales. La competencia para el Consejo de Estado de esa clase de demandas estaba ya establecida por el artículo 34 del C.C.A., donde, como a Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se le atribuye en el numeral 10o. el conocimiento "de los recursos contenciosos administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuídos a una jurisdicción distinta".

"El Artículo 5o. del Decreto 1819 de 1964, como puede verse, no hizo sino particularizar la atribución de competencia que se había hecho al Consejo de Estado y que esta Corporación había ejercido ya varias veces en cuanto a juicios sobre resoluciones ministeriales relativas al ramo marcario, que fueran la culminación de una actuación administrativa y en las cuales estaba agotado el trámite gubernativo correspondiente. . . "

Y esta Sección del Consejo, en providencia del 23 de septiembre de 1969, de que fué ponente el doctor Enrique Acero Pimentel, sostuvo el criterio expuesto en los siguientes términos:

"Dos clases de controversias pueden surgir de los trámites y actos relacionados con el registro de marcas o el otorgamiento de patentes:

"1. Aquellas en que se disputa la titularidad del derecho al uso y disfrute de la marca o la patente, o sea litigios entre particulares sobre una propiedad industrial, cuya decisión corresponde a los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá, por mandato del artículo 8o., inciso final, de la Ley 16 de 1968.

"2. Aquellas, en que se impugna el registro de la marca o el acto de concesión de la patente, sea por motivos de nulidad intrínseca como los que establece el artículo 22 de la Ley 31 de 1925 para las patentes, o sea por haberse incurrido en violación de textos legales al registrar la marca o al expedir la patente. De dichos asuntos conoce el Consejo de Estado, conforme lo prevé el artículo 5o. del Decreto Ley No. 1819 de 1964.

"Los actos de esa última especie pueden ser demandados por vía de simple nulidad o de plena jurisdicción, ya que al respecto la doctrina del Consejo se

ha pronunciado en el sentido de que no es la naturaleza del acto impugnado sino el móvil que tenga el demandante, el elemento que debe tenerse en cuenta para calificar la naturaleza de la acción incoada. . . ".

4. **La Ley 16 de 1968, el nuevo Código de Procedimiento Civil y el régimen de las acciones sobre marcas, patentes y nombres comerciales.** El Art. 8o., Ord. 4o., Inc. 2o., de la Ley 16 de 1968 reiteró la competencia de los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá para conocer, en primera instancia, "de los juicios relativos a patentes, marcas y nombres comerciales, que no estén atribuidos a la jurisdicción Contencioso–Administrativa", con expresa exclusión de las llamadas "acciones de amparo administrativo sobre propiedad industrial que consagran las leyes vigentes". Y el artículo 17 del actual Código de Procedimiento Civil, vigente desde el 1o. de julio de 1971 (Art. 699 Ibídem), reproduce en parecidos términos la norma transcrita al disponer que "los jueces del circuito de Bogotá conocen en primera instancia de los procesos relativos a patentes, marcas y nombres comerciales, que no estén atribuídos a la autoridad administrativa o a la jurisdicción contencioso administrativa".

Los Arts. 366, número 4, 414, número 17 y 441 del Código de Procedimiento Civil aluden expresamente a las acciones de oposición y de cancelación del registro de marcas, diseños, nombres y patentes, en los siguientes términos:

a) Art. 366: "El recurso de casación procede contra las siguientes sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales superiores, cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de cien mil pesos:

"....

"4. Las proferidas en procesos de oposición al registro de marcas, diseños, nombres y patentes, o de cancelación de aquél. . . "

b) Art. 41, correspondiente al Título XXII, sobre el proceso abreviado, Capítulo I, disposiciones generales: "Se tramitarán y decidirán en proceso abreviado, los siguientes asuntos, cualquiera que sea su cuantía:

"....

17. Oposición al registro de marcas o nombres, dibujos industriales o diseños y patentes, o cancelación de aquél. . . "

c) Art. 441, sobre "oposición al registro de patentes, dibujos, diseños, marcas y nombres": "Quien se haya opuesto al registro de patente, dibujo,

diseño, marca o nombre, deberá formalizar su oposición por medio de demanda presentada ante los jueces civiles del Circuito de Bogotá, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que el juez asuma el conocimiento del asunto.

"Vencido dicho término sin que se hubiere presentado la demanda, el juez declarará desierta la oposición, por medio de auto que admite apelación

"Formulada en tiempo la demanda se le dará el trámite correspondiente, y en firme la sentencia se devolverá el expediente a la oficina de origen, para que allí se proceda de conformidad".

5. **El nuevo Código de Comercio y el régimen de las marcas.** El nuevo Código de Comercio, expedido por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el Art. 20, numeral 13, de la Ley 16 de 1968, reguló, en el Título II del Libro III, vigente desde el 1o. de enero del año en curso, íntegramente la materia relativa a la propiedad industrial, como así declara en el Art. 2033. Respecto de las acciones sobre marcas consagró, en síntesis, las siguientes reformas:

a) Según el Art. 586 "el certificado de una marca podrá anularse a petición de cualquier persona si al expedirse se infrigieron las disposiciones de los artículos 585 y 586; pero en este último caso la solicitud deberá intentarse dentro de los cinco años, contados a partir de la fecha de registro de la marca cuya cancelación se solicite. De esta acción conocerá el Consejo de Estado". Esta disposición consagra, genéricamente, dos clases de acciones, a saber:

1. Acción de nulidad, por violación del Art. 585 del C. de Co., que prohibe, exclusivamente en interés general, el registro de marcas en los casos taxativamente señalados; 2. Acción de plena jurisdicción, que puede promover el interesado dentro del término de cinco años "a partir de la fecha de registro de la marca cuya cancelación se solicita", para que éste se invalide y se restablezca el derecho particular, por violación de cualquiera de las causales taxativamente señaladas por el Art. 586 del C. de Co.

b) Acción de nulidad, por violación del Art. 601 del C. de Co.; contra los certificados de registro de marcas colectivas, sin perjuicio de que a éstos les sean aplicables "las disposiciones generales sobre marcas" (Art. 602 ibídem), indicadas anteriormente.

c) Si la Administración estima que la marca no puede registrarse, le hará saber su opinión al interesado, el cual debe, en el término de treinta días, "exponer las razones que sustentan su solicitud"; vencido este plazo, la

Administración resolverá con base en lo alegado y probado y en las informaciones que haya allegado oficiosamente (Art. 589 del C. de Co.). Contra la decisión administrativa denegatoria de la solicitud, como providencia de trámite que pone término de la actuación, proceden las acciones ordinarias conforme a las reglas generales (Art. 66, 67 y 82 del C.C.A.).

d) Cualquiera persona puede oponerse, "dentro de los treinta días siguientes a la publicación" del extracto de la solicitud, el registro de la marca; corresponde a la Administración resolver la oposición, luego de surtido el término probatorio, y contra el acto que la deniegue y que ordene el registro de la marca proceden las acciones indicadas (Arts. 590, 591 y 596 del C. de Co.).

e) Asimismo, contra la decisión que resuelve la solicitud para que se declare la caducidad de la marca y se ordene en consecuencia su cancelación, de conformidad con el Art. 595 del C. de Co., proceden las acciones ordinarias según las reglas generales (Arts. 66, 67 y 82 del C.C.A.).

3. **El tránsito de legislación.** Respecto del tránsito de legislación, en cuanto al nuevo régimen modifica al anterior, de todo lo expuesto se deducen los siguientes principios:

1. La Jurisdicción contencioso–administrativa, por medio del Consejo de Estado, conoce de las acciones de nulidad y de plena jurisdicción sobre actos relativos, a marcas, dictados bajo el régimen de la legislación anterior;

2. La jurisdicción contencioso–administrativa, por medio del Consejo de Estado, conoce de las acciones que se le adscribieron por el nuevo Código de Comercio, especificamente de las de oposición y de cancelación del registro de marcas: de aquéllas mediante la verificación de la legalidad de los actos administrativos que las acogen o deniegan y de éstas por el examen de si los registros de las marcas se ordenaron o no con violación del Art. 586 del C. de Co. Por tanto, para que el Consejo de Estado pueda conocer de estas acciones, precisa que la Administración, al proveer sobre las solicitudes de registro de marcas, dé aplicación a las normas pertinentes del nuevo Código de Comercio, vigentes desde el 1o. de enero del año en curso (Art. 2038); pues, la competencia que se atribuye, a este respecto, está condicionada por el régimen del nuevo estatuto, que sólo puede infringirse por actos administrativos dictados a partir de su vigencia, con mayor razón en el caso de las oposiciones, respecto de las cuales sólo el nuevo Código de Comercio atribuye a la Administración la facultad de resolverlas.

3. Lo propio sucede con las acciones contra los actos a que se refieren los Arts. 585 y 586 del nuevo Código de Comercio, fundadas en nuevas

prohibiciones al registro de marcas, no previstas en la legislación anterior, las cuales sólo pueden ser procedentes respecto de las actuaciones posteriores a la vigencia del nuevo Código de Comercio.

4. Por tanto, de las acciones de cancelación del registro de marcas, efectuado con anterioridad el 1o. de enero del año en curso, aunque se propongan con posterioridad a esta fecha, conocen en primera instancia los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá (Art. 17 del C. de P. C.).

4. **El tránsito de legislación y el caso sub judice.** En el caso sub judice, las sociedades denominadas "Basf Colquímica Limitada" y "Química Proco S.A.", mediante apoderado y en memorial presentado personalmente el 5 de agosto de 1971, pidieron a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio que remita el expediente No. 111.615, correspondiente a la marca de fábrica "Colkim", a los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá, para que uno de ellos, mediante reparto, conozca de la acción de cancelación del registro de la referida marca, por semejanza con otras registradas y usadas anteriormente. Por tanto, se trata de la solicitud de remisión del expediente a los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá, para que conozcan de la acción de cancelación de la marca de fábrica "Colkim", presentada meses antes de que entrara en vigencia el nuevo Código de Comercio y con fundamento en la legislación anterior. Como los Jueces Civiles del Circuito, según lo expuesto, son competentes para conocer de la acción de que se trata, precisa ordenar remitirles el expediente por competencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, dispone remitir el expediente a los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá (reparto), por competencia.

Cópiese y notifíquese.

Humberto Mora Osejo.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

INSTITUTO GEOGRAFICO "AGUSTIN CODAZZI"

INDUSTRIA DEL PETROLEO. *Exoneración de Impuestos.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., mayo veinticuatro de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Alfonso Arango Henao.

Ref: Expediente No. 1482

Shell Condor S.A., por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, demanda del Consejo de Estado, juntamente con la nulidad de las resoluciones 004, 005, 1.079 de 1969; 195 y 2873 de 1970 expedidas por diferentes autoridades catastrales, el restablecimiento del derecho que considera vulnerado, el cual hace consistir en la declaración de que la sociedad demandante tiene derecho a que los inmuebles de su propiedad ubicados en el municipio de San Pablo, departamento de Bolívar, sean excluídos de la lista de propiedad gravable, que los inmuebles conocidos con los nombres de San Pablo Número Catastral 06–153, Palo Pipón número catastral 06–157, Entre Ríos número catastral 06–156, Cantagallo número catastratal 06–155 y las Lenguas número Catastral 06–158, se incluyan en la lista de propiedad no gravable de la oficina de Catastro de Bolívar, y, finalmente, que la actora tiene derecho a la devolución de las cantidades que hasta la fecha de la sentencia haya pagado al tesoro municipal de San Pablo con motivo de la inclusión de tales predios en la lista de propiedad gravable de la oficina seccional de catastro de Bolívar.

Como hechos sustentadores de la acción expone la demanda los que en síntesis se recogen en seguida: La Compañía de Petróleos del Valle del Magdalena, celebró con el gobierno nacional un contrato de exploración del petróleo que pudiera hallarse en un lote de terreno ubicado en jurisdicción municipal de Remedios (Antioquia) y Simití, hoy San Pablo, en el departamento de Bolívar. A esta se le llamó "Concesión Cantagallo No. 41", y fué la misma que se traspasó sucesivamente a Socony Vcuum Oil Company of Colombia, a Compañía Anglo Colombiana de Petróleo, a Concesionaria de Petróleo Shell Condor, la cual se cambió de denominación por Shell Condor S.A., según consta en la escritura pública 2561 de 23 de mayo de 1957 de la Notaría 4a. de Bogotá. El contrato de concesión, en su cláusula 3a. trata del "régimen legal del Contrato" y allí se lee que el contrato se rige por las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936 y por los decretos reglamentarios 1270 de 1931, 950 de 1937 y 1963 de 1939, "disposiciones que constituyen cláusulas de la presente negociación y se consideran incorporadas a ella, quedando

íntegramente aceptadas como tales por el Gobierno y el Contratista, sin reserva ni limitación alguna, sometiéndose a todas y cada una de ellas". En el momento de la celebración del contrato a que se alude, estaba vigente el artículo 13 de la Ley 37 de 1937, el que vino a convertirse en cláusula del contrato, en virtud de la cual los predios San Pablo, Palo Pipón, Entre Ríos, Cantagallo, y las Leguas o Las Lenguas, aparecían en la lista de propiedad no gravable de la oficina seccional del catastro de Bolívar hasta 1969, en cuyo mes de septiembre, el oficial de reconocimiento del catastro jurídico fiscal del municipio de San Pablo, efectuó un reavalúo de los mismos y los incluyó en la lista de propiedad gravable, haciendo caso omiso de la estipulación contractual referente a la exoneración de impuesto. La sociedad actora inconforme con esta determinación pidió la reducción del avalúo y la inclusión de los predios en la lista de propiedad no gravable, habiendo logrado lo primero, pero recibiendo negativa para lo segundo, lo cual motivó una reposición que fundamentó en la cláusula 5a. del contrato y en el artículo 5o. de la Ley 29 de 1963 y la misma que fué denegada con base en incompetencia deducible del artículo 83 de la resolución 1173 de 1965 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y con fundamento en el Manual de Instrucciones para los Revisores de Catastro. Después de transcribir las partes pertinentes de la resolución 1173 y del manual de instrucciones, dicen los hechos que el oficial de reconocimiento concedió la apelación que fué resuelta por el Director de la Seccional de Catastro de Bolívar por medio de la resolución 1079 de 1969, la cual confirmó la resolución 004 de la Comisión Catastral que actuó en San Pablo, previas argumentaciones que el capítulo de los hechos trata para refutar y que, por no constituír verdaderos hechos se omiten en esta síntesis de los mismos. Posteriormente el autor de la demanda interpuso el recurso de revisión contra la resolución 1079 y con fundamento en la tesis sostenida dentro de los hechos del libelo, pero este recurso tampoco tuvo prosperidad, pues la resolución 195 de 10 de febrero del año de la demanda (1970) confirmó la providencia de cuyo recurso se trata. Esta resolución fue recurrida en reposición, recurso en el cual se pidió simplemente la aplicación de la Ley y con aplicación del artículo 90 del decreto 1301 de 1940 se solicitó la revocatoria de la determinación tomada, pero la resolución 1079 que no había sido recurrida en esta ocasión no fué revocada según la parte resolutiva de la resolución 2006, la que en su punto 2o. declaró agotada la vía gubernativa. Posteriormente el error cometido por el Director del instituto Agustín Codazzi fué enmendado por resolución 2873 de 17 de julio de 1970. Culmina este capítulo con apreciaciones personales del autor de la demanda que no constituyen verdaderos hechos fundamentales de esta acción que, según el apoderado de Shell Cóndor S.A., se basa en los cincuenta y nueve hechos que se han dejado resumidos.

Como normas de carácter superior que se estiman violadas con las providencias impugnadas, cita la demanda el artículo 5o. de la Ley 29 de

1963, el artículo 1602 del C.C. los artículos 51 y 52 de la Resolución 1173 de 1965, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y finalmente, el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959. Desde luego el libelo demandatorio contiene capítulo especial para explicar detenida y detalladamente el concepto de los quebrantos anotados.

Por su parte el señor Fiscal 1o. de esta Corporación en su vista de fondo conceptúa que las peticiones formuladas en la demanda no deben tener prosperidad porque la ley 37 de 1931 en su artículo 13, cuyo texto quedó incorporado al contrato, no alcanza a exonerar del pago de impuesto de catastro a los bienes inmuebles de propiedad de las empresas exploradoras o explotadoras de petróleos. Y como si esto fuera poco, agrega el colaborador Fiscal, la actora no se ha preocupado siquiera por demostrar la propiedad de los bienes cuya inclusión en la lista catastral de bienes no gravables ha solicitado insistentemente en la vía gubernativa y ahora demanda de esta jurisdicción. Por estas razones, el Agente del Ministerio Público es partidario de que se denieguen las peticiones formuladas en la demanda.

Para resolver la Sala considera:

Efectivamente la cláusula segunda del contrato denominado "Concesión Cantagallo No. 41", contiene el régimen legal del mismo, en estos textuales términos: "Este contrato queda regido de manera absoluta e incondicional por todas y cada una de las disposiciones pertinentes de las Leyes treinta y siete (37) de mil novecientos treinta y uno (1931) y ciento sesenta (160) de mil novecientos treinta y seis (1936), y de los Decretos reglamentarios numeros mil doscientos setenta (1270) de mil novecientos treinta y uno (1931), novecientos cincuenta (950) de mil novecientos treinta y siete (1937), y mil seiscientos noventa y cuatro (1694) de mil novecientos treinta y nueva (1939), disposiciones que constituyen cláusulas de la presente negociación y se consideran incorporadas en ella, quedando íntegramente aceptadas como tales por el Gobierno y el Contratista sin reserva ni limitación alguna, sometiéndose a todas y cada una de ellas".

Parágrafo. Es entendido que en este contrato se consideran incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, de acuerdo con el artículo treinta ocho (38) de la Ley ciento cincuenta y tres (153) de mil ochocientos ochenta y siete (1887)".

La Ley 37 de 1931 en su artículo 13 se encargó de eximir de toda clase de impuestos departamentales, directos o indirectos, lo mismo que el impuesto fluvial, a la exploración y explotación del petróleo, al petróleo y los derivados que se obtengan, al transporte de tales productos, a las maquinarias y elementos necesarios para el beneficio y para la construcción y

conservación de refinerías y oleoductos, pero no exoneró a las tierras sobre las cuales se realizaran los trabajos de esta industria, porque entre otras posibilidades, ellas pueden ser de dueño diferente a quien se dedique a la exploración o explotación de los petróleos.

De tal manera que aun acatando el pensamiento de la demandante de que el haber dicho expresamente el artículo 5o. de la Ley 29 de 1963 que las normas de los artículos 2o. y 3o. de esa misma ley no afectarán las exenciones pactadas en razón de contratos que hayan celebrado o celebre la nación, no significa que los bienes de la compañía actora se deban excluír del pago del impuesto catastral, porque por virtud del contrato, ellos jamás estuvieron, exentos, por una parte, y por la otra, porque las exoneraciones y exenciones que se han excluído, por el artículo 5o. se refieren justamente al impuesto predial y complementarios a cargo de personas privadas y a los impuestos de Industria y Comercio. Por eso al referirse a estas normas legales dice con gran acierto el señor Agente del Ministerio Público, "pero en parte alguna se mencionan, dentro de las exenciones, el terreno en cuyo subsuelo se encuentra el petróleo, o se verifique la exploración y la explotación. Si ello fuera así, estarían libres de toda clase de impuestos, y por ende del predial, no sólo los terrenos que se indican en el libelo como de propiedad de la compañía demandante, sino también los terrenos que puedan ser o hayan sido objeto de exploración, la que como es bien sabido no se practica necesariamente sobre terrenos de propiedad del explorador, sino que estos pueden pertenecer a la Nación o a personas completamente diferentes".

Por otra parte, las violaciones que anota el libelo de las otras normas positivas de orden superior a las demandadas, no aparecen para la Sala, pues, son consecuenciales de la violación al artículo 5o. de la Ley 29 de 1963, la que, por las razones que se han dejado expuestas no existe en el caso planteado.

Basta las consideraciones anteriores para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído previamente el concepto Fiscal y de acuerdo con él, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

No es del caso decretar favorablemente las peticiones formuladas en la demanda.

En firme esta providencia que se aprobó en la Sala del día 19 de los corrientes, según consta en el acta respectiva, archívese el expediente.

Cópiese y notifíquese.

Lucrecio Jaramillo Vélez – Alfonso Arango Henao – Jorge Dávila Hernández – Humberto Mora Osejo.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

SUPERINTENDENCIAS DE REGULACION ECONOMICA Y DE SOCIEDADES. La vía gubernativa y el tránsito de legislación de los asuntos de conocimiento de la Superintendencia de Regulación Económica a las sociedades.

COMPETENCIA DESLEAL. Algunos actos que se presumen como tales.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., junio veintiseis de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo.

Sesión del día diez y seis de junio de mil novecientos setenta y dos.

Ref.: Expediente No. 1616.

Se decide el juicio promovido por la sociedad denominada "Fábrica de Tejidos de Punto Sport Juán Pablo Lozano R. e Hijos Ltda", mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, para que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 451 del 2 de octubre de 1967, expedida por la Superintendencia de Regulación Económica, 0474 del 10 de febrero y 1519 del 7 de abril de 1971, dictadas por los Superintendencia de Sociedades de Bogotá, por las cuales en su órden, aquélla la multó en cien mil pesos por competencia desleal y ésta se abstuvo de resolver el recurso de apelación contra tal decisión. Pide subsidiariamente que se declare la prescripción de la acción.

I. **Los antecedentes.** Los antecedentes del juicio son los siguientes:

1. Los hechos de la demanda. La demanda se fundamenta, en síntesis, en los siguientes hechos conducentes:

1. La sociedad denominada "Exquisite Form Brassiere de Colombia Ltda". presentó el 9 de diciembre de 1965 denuncia contra la sociedad demandante, "por hechos que consideró como de competencia desleal" de acuerdo con la ley 155 de 1959, que investigó la extinguida Superintendencia de Regulación Económica; 2) La sociedad demandante "contestó los cargos que se le formularon, negó las imputaciones y precisó, esencialmente, que no es competidora de la firma denunciante", por no producir "ropa interior para uso de señoras"; 3) Pero la Superintendencia de Regulación Económica, mediante Resolución No. 451 del 2 de octubre de 1967, no acogió sus descargos y la multó en cien mil pesos, por infracción del Art. 11, numeral 2o., de la ley 155 de 1959, en la cual "no fueron consideradas las razones de orden legal y elementos probatorios invocados a favor de la sociedad

denunciada"; 4) El decreto No. 2562 de 1968 atribuyó competencia para conocer del asunto a la Superintendencia de Sociedades, a la cual la sociedad demandante le pidió, con fundamento en el Art. 115 del Código de Procedimiento Penal, declarar la prescripción de la acción, por tratarse de contravención sancionada con multa y en atención al tiempo transcurrido "ante la comisión del hecho y la fecha de la petición"; 5) La Superintendencia de Sociedades, por Resolución No. 474 del 10 de febrero de 1971, negó la solicitud por considerar que, por haber transcurrido más de un mes sin que se hubiera resuelto el recurso de apelación, de conformidad con el Art. 18 del Decreto ley No. 2733 de 1959, debe considerarse denegado y agotada la vía gubernativa, sin que pueda resolver "la declaratoria de prescripción por el hecho de no haber adquirido competencia para ello"; 6) La Superintendencia de Sociedades, mediante Resolución No. 1510 del 7 de abril de 1971, resolvió el recurso de reposición contra la Resolución No. 474 del 10 de febrero del mismo año, en la cual adujo como motivos "para no declarar la prescripción", no los expuestos en ésta, sino que, según los Arts. 1o. de la ley 58 de 1931, 219 y 260 del Decreto No. 2521 de 1950, que reglamentan el Art. 120, Ord. 15, de la Constitución, tiene por atribución "hacer cumplir las leyes comerciales y civiles y los decretos relacionados con las sociedades anónimas y de todas aquellas a las que la ley les ha atribuído esta competencia", por lo que no puede "invadir la esfera propia de las autoridades jurisdiccionales", encargadas de conocer de "la excepción de prescripción".

2. **Las disposiciones invocadas y los conceptos de violación.**

Se invocan como violadas, en síntesis, las siguientes disposiciones:

Art. 11, numeral 2o., de la ley 155 de 1959, que define como competencia desleal "los medios encaminados a desacreditar a un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios", en cuanto se sanciona a la socieda demandante con base en esta norma no obstante que no es competidora de la denunciante por no ser productora de "ropa íntima para mujer" sino de vestidos de baño y de deportes; Arts. 24 del Decreto No. 2562 de 1968 y 104 del Código Penal, que disponen, respectivamente, la competencia de la Superintendencia de Sociedades para conocer de todos los asuntos previstos en la ley 155 de 1959 y el régimen de la prescripción de las acciones por contravenciones, en cuanto la Superintendencia de Sociedades, al negarse a declarar la prescripción de la acción, infringió esas normas; Arts. 7o., 203, 204, 205, 210, 216, 224, 251 y 255 del Código de Procedimiento Penal y 637 del Código de Procedimiento Civil, por no haberse observado, como correspondía, en el análisis de los medios probatorios, con los cuales se tuvo por demostrado el cargo de competencia desleal.

3. **La vista fiscal.** El señor Fiscal 1o. del Consejo conceptúa que no procede acceder a la petición principal de la demanda, en consideración a que la parte demandante no infirmó, probatoriamente, la presunción de legalidad de la Resolución No. 451 del 2 de octubre de 1967, que se corrobora con el certificado de la Cámara de Comercio demostrativo de que la sociedad demandante tiene por objeto social, entre otros, "la *confesión de toda clase de artículos* de cualquier clase de tejidos y material textil" (subraya); pero que procede estudiar la prescripción de la acción, sobre la cual no conceptúa específicamente, aunque transcribe los Arts. 112 y 115 del Código Penal.

II. **Las consideraciones de la Sala.** Como el juicio se tramitó legalmente, sin que se hubiera incurrido en causal de nulidad, la Sala procede a decidir mediantes las siguientes consideraciones:

1. **Los actos acusados.** El Director de la Superintendencia de Regulación Económica, mediante Resolución No. 451 del 2 de octubre de 1967, multó a la sociedad demandante, "Fábrica de Tejidos de Punto Sport Juan Pablo Lozano R. e Hijos Ltda", en la suma de cien mil pesos, "por haber ejecutado en contra de la sociedad "Exquisite Form Brassiere de Colombia Ltda", de Bogotá, los actos de competencia desleal contemplados en el numeral 2o. del artículo 11 de la ley 155 de 1959". El Superintendente de Sociedades, a quien la Superintendencia Nacional de Precios, por auto del 6 de octubre de 1969, ordenó remitir el expediente, "para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia del 23 de enero de 1968 que negó la reposición y concedió la apelación contra la resolución No. 451 del 2 de octubre de 1967", por Resolución No. 00474 de 1971, se abstuvo de conocer del recurso de apelación, por considerar que, por una parte, debió resolverlo el Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica, tanto porque cuando se concedió aún no regía el Decreto No. 2562 de 1968 como porque, dictado éste, según los Arts. 40 de la ley 153 de 1887 y 1268 (sic) del C. de P.C., se concedió con base en la legislación anterior; y, además, que el Decreto No. 2562 de 1968, que transfirió la competencia de la Superintendencia Nacional de precios a la de sociedades, suprimió el recurso de apelación. Respecto de la solicitud de que se declare prescrita la acción, que se hiciera después de interpuesto el mencionado recurso, estimó que no procedía considerarla, por haber transcurrido, en la Superintendencia de Regulación Económica, el plazo de un mes previsto en el Art. 18 del Decreto ley No. 2733 de 1959 sin resolverlo, por lo que debía entenderse agotada, en la entidad ultimamente mencionada, la vía gubernativa. El Superintendente de Sociedades, por Resolución No. 01510 del 7 de abril de 1971, mantuvo su Resolución No. 00474 del mismo año, declaró agotada la vía gubernativa y dispuso pasar lo actuado al Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, por considerar que no le compete conocer de "la excepción de prescripción propuesta por el apoderado recurrente",

sino al correspondiente funcionario jurisdiccional, ni tampoco conocer del recurso de apelación, criterio que comparte la sociedad reclamante.

2. **La vía gubernativa.** El Art. 3o. del Decreto ley No. 1653 de 1960, que creó la Superintendencia de Regulación Económica le atribuyó, entra otras, "las funciones que le señala al Ministerio de Fomento la ley 155 de 1959 sobre prácticas comerciales restrictivas, con excepción de las consagradas en el artículo 3o. de dicha ley", que debían desempeñarse, según el Parágrafo de la misma disposición, por el Consejo Directivo. Pero, los Arts. 2o. y 3o. del Decreto ley No. 3307 de 1963 dispusieron, respectivamente, que tales atribuciones se desempeñen por el Director Ejecutivo y que contra las resoluciones que dicte procede el recurso de apelación de conformidad con las normas pertinentes del Decreto ley No. 2733 de 1959.

El Art. 24 del Decreto ley No. 2562 de 1968 adscribió "a la Superintendencia de Sociedades Anónimas las funciones que le señaló al Ministerio de Fomento la ley 155 de 1959, sobre prácticas comerciales restrictivas y que por disposiciones posteriores se asignaron al Director Ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica", con excepción de las "consagradas en el artículo 3o. de dicha ley". El Decreto ley No. 3163 de 1968 reorganizó la mencionada Superintendencia, que se denominó Superintendencia de Sociedades, cuya dirección corresponde, según el Art. 5o., "al Superintendente, quien la ejercerá con la inmediata colaboración de los Superintendentes Delegados" y de conformidad con las facultades que le da el Art. 6", entre ellas, según el literal g), "las demás que le señalen las disposiciones legales y las que señalan funciones a la Superintendencia no atribuídas expresamente a otra autoridad", entre las cuales se comprenden las que se le adscribieron por el Art. 24 del Decreto Ley No. 2562 de 1968.

Por consiguiente, desde que entró en vigencia el Decreto ley No. 2562 de 1968, las providencias administrativas que resuelven las investigaciones por competencia desleal, como sostiene la Superintendencia de Sociedades, sólo son susceptibles del recurso de reposición, no del de apelación, tanto porque, dictadas por el Superintendente, no tiene superior jerárquico encargado de revisarlas, como porque el Art. 290 del Decreto No. 2521 de 1950, que corrobora el Art. 7o. del Decreto No. 2831 de 1952, dispone como regla general, excepto los casos a que se refiere el Art. 5o. del mismo decreto, diferentes del de autos, que "contra las providencias dictadas por la Superintendencia de Sociedades Anónimas –actualmente Superintendencia de Sociedades–, sólo procede por la vía gubernativa el recurso de reposición, ejercitado ante el mismo Superintendente", que se puede intentar o nó, a opción del interesado, sin que su omisión obste para que sea procedente promover directamente acción ante la entidad competente de la jurisdicción contencioso–administrativa (Art. 15 del Decreto ley No. 2733 de 1959). En

consecuencia, ni la Superintendencia Nacional de Precios ni la de Sociedades podían conocer del recurso de apelación contra la Resolución No.451 del 2 de octubre de 1967 que multó a la sociedad demandante porque, desde que entró en vigencia el Decreto ley No. 2562 de 1968, ya no es procedente y, por lo mismo, ninguna de las dos es competente para ello. Cierto que el Art. 140 de la ley 153 de 1887 dispone que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir", pero que "los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación"; principio que reiteraba, en lo pertinente, el Art. 1228 de la ley 105 de 1931, en términos semejantes a los del Art. 699 del actual Código de Procedimiento Civil. Pero, por una parte, estas disposiciones se refieren "a la sustanciación y ritualidad de los juicios", no a las actuaciones administrativas como la del caso sub judice; además, la analogía, prevista por el Art. 8o. de la ley 153 de 1887, para "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido", sólo rige para la decisión de fondo, *no para determinar la competencia de los funcionarios* que, según los Arts. 20 y 63 de la Constitución, debe estar definida o detallada "en ley o reglamento"

En consecuencia, aunque cuando se interpuso era procedente el recurso de apelación contra la Resolución No. 451 del 2 de octubre de 1967, al entrar en vigencia el Decreto No. 2562 de 1968, que lo suprimió, sin que hubiera sido resuelto, quedó agotada la vía gubernativa. Pero, por las circunstancias expuestas del cambio de legislación, con base en el cual la Superintendencia Nacional de Precios remitió el expediente a la de Sociedades, entidad que se abstuvo de conocer del recurso de apelación por Resolución No. 0474 del 10 de febrero, confirmada por la No. 1510 del 7 de abril de 1971, la actuación administrativa culminó con ésta, por lo que la acción se promovió, mediante demanda presentada el 5 de agosto del mismo año, oportunamente.

La Superintendencia de Sociedades sostiene que, cuando le fue remitido el expediente, se había ya agotado la vía gubernativa por el transcurso de más de un mes de interpuesto el recurso de apelación sin que la Superintendencia de Regulación Económica lo hubiera resuelto. Pero, como ha sostenido el Consejo, el silencio administrativo, previsto en el Art. 18, parágrafo, del Decreto ley No. 2733 de 1959, se instituyó, no en favor de la Administración sino de los administrados, los cuales pueden o no acogerse a él para hacer valer su derecho; por tanto, con la interpretación que hace la Superintendencia de Sociedades se contraría el significado de la norma que se comenta, contra el principio según el cual "lo que se instituye en favor de alguien no puede interpretarse en su contra", y se desconoce la insistencia de la sociedad demandante para que se resuelva el recurso de apelación. La Sala por el contrario, como se expuso, verifica, por distintos motivos, el agotamiento de la vía gubernativa.

3. **La competencia desleal.** La Superintendencia de Regulación Económica, por Resolución No. 451 del 2 de octubre de 1967, multó a la sociedad demandante en la suma de cien mil pesos, por actos de competencia desleal contra la sociedad "Exquisite Form Brassiere de Colombia Ltda"., de conformidad con el numeral 2o. del Art. 11 de la ley 155 de 1959 que presumen como tales, entre otros, "los medios o sistemas encaminados a desacreditar a un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios", consistentes, en el caso sub judice, en publicaciones anunciando la liquidación de la sociedad ultimamente mencionada y la oferta de venta, por tal motivo, de sus productos a mitad de precio. Los cargos se deducen de numerosas pruebas que se relacionan, entre ellas, certificados de la Cámara de Comercio demostrativos que el Gerente de la sociedad "Lady Armonía", dedicada "a la industria de corsetería", es socio de la denominada "Fábrica de Tejidos de Punto Sport Juan Pablo Lozano R. e Hijos Ltda". y que ésta reformó sus estatutos en los cuales consta que tiene por objeto social "la producción de sostenes" (fs. 19 y 22).

La sociedad demandante infirma la Resolución No. 451 del 2 de octubre de 1967 por considerar que se le sancionó no obstante no producir "ropa íntima de mujer" sino vestidos de baño y de deportes. Pero, como observa el señor Fiscal 1o., no adujo al juicio prueba alguna tendiente a demostrar sus asertos y a desvirtuar los demás hechos constitutivos del cargo, por lo que el mencionado acto mantiene su presunción de legalidad, corroborada, como también afirma el señor Fiscal 1", por el certificado de la Cámara de Comercio de Cali en el cual consta que su objeto social consiste, entre otras actividades, "en la fabricación de toda clase de tejidos de punto y planos, *confección de toda clase de artículos de cualquier clase de tejidos y material textil. . . "* (Subraya la Sala). Por tanto, por este aspecto, la Resolución No. 451 del 2 de octubre de 1967 no violó sino que, por el contrario", aplicó correctamente el Art. 11, numeral 2o., de la ley 155 de 1959.

4. **La violación de las normas procesales invocadas.** Como se expresó, la parte demandante afirma que la resolución No. 451 del 2 de octubre de 1967 violó los Arts. 7o., 203, 204, 205, 210, 216, 224, 251 y 255 del Código de Procedimiento Penal y 637 del Código de Procedimiento Civil por no haber sido observados en el análisis de los medios probatorios. Aunque, en principio, por tratarse de contravención y en defecto de un régimen legal específico, la Administración debió observar las mencionadas normas, para desechar el cargo basta observar, por una parte, que *es indirecto*, por indebida aplicación de normas procesales, a causa de la cual el acto acusado violó el Art. 11, numeral 2o., de la ley 155 de 1959, *cuyo motivo consiste en el hecho*, no contradicho en el juicio, *de que la sociedad demandante efectuó actos de competencia desleal;* además, que la parte demandante no adujo al juicio el expediente administrativo, en el cual obran las pruebas a que se refiere, de cuya verificación hubiera podido deducirse, si la Administración,

al dar aplicación al Art. 11, numeral 2o., de la ley 155 de 1959, incurrió o no en error de hecho o derecho en la apreciación de las pruebas; por el contrario, la parte actora no demostró, como debía, que no incurrió en actos calificados por la ley como de competencia desleal y la Resolución No. 451 del 2 de octubre de 1967, que no ha sido infirmada sino corroborada en el juicio, demuestra, con presunción de legalidad, que los cargos son fundados.

5. **La prescripción de la acción.** La parte demandante también sostiene que las Resoluciones Nos. 0474 del 10 de febrero y 1510 del 7 de abril de 1971 de la Superintendencia de Sociedades violaron los Arts. 24 del Decreto ley No. 2562 de 1966 y 104 del Código Penal por no haber declarado la prescripción de la acción. Pero, como se ha expuesto, por una parte, no tenía competencia, como sostuvo en los mencionados actos, para revisar la Resolución No. 451 del 2 de octubre de 1967 de la Superintendencia de Regulación Económica que sancionó a la sociedad demandante por competencia desleal; además, aunque el Art. 115 del Código Penal, que la parte demandante invoca indirectamente al aludir a su contenido, dispone que "tratándose de contravenciones la acción penal prescribirá en un año", el cargo no atañe a la Resolución No. 451 del 2 de octubre de 1967 que impuso la sanción, sino a las de la Superintendencia de Sociedades *por no haberla declarado,* no obstante que la acción propuesta debe examinarse *sobre lo que declaren o resuelven los actos cuya nulidad se pide, no de lo que omiten,* motivo por el cual, aun en el supuesto de que fuere procedente anular los actos acusados, por los cuales la Superintendencia de Sociedades se abstuvo de conocer del recurso de apelación, como providencias de trámite que pondrían fin a la actuación, sólo sería procedente ordenar, mediante su declaración de nulidad, que lo resuelve. Pero, aún en la hipótesis de que los actos de la Superintendencia de Sociedades *hubieran negado* la solicitud de la parte demandante para que se declare la prescripción de la acción, tampoco podrían infirmarse mediante el cargo que se analiza, en cuanto *la sanción se impuso por la Resolución No. 451 del 2 de octubre de 1967* de la Superintendencia de Regulación Económica, que ya estaba en firme cuando se remitió el expediente a la Superintendencia de Sociedades; en otros términos, cuando el expediente se envió a esta entidad, ya estaba en firme la sanción.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Fiscal 1o., niega las peticiones de la demanda.

Publíquese, notifíquese, copiese, y archívese.

Lucrecio Jaramillo Vélez — Alfonso Arango Henao — Jorge Dávila Hernández — Humberto Mora Osejo.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

HOSPITAL MILITAR CENTRAL

HOSPITAL MILITAR CENTRAL. Constitucionalidad de sus estatutos de personal.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D.E., junio diecinueve de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Eduardo Aguilar Vélez.

El apoderado del Dr. Guillermo Lara Hernández, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, instauró demanda ante el Consejo de Estado para que, previos los trámites correspondientes, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1. Que son nulas las resoluciones números 299 del 9 de diciembre de 1970 y 147 del 9 de marzo de 1971 que expidió el Hospital Militar Central con la firma del Director del Hospital y que deniegan el pago de diferencias o suplementos salariales reclamados por el señor doctor Guillermo Lara Hernández.

"2. Que a título de restablecimiento de derechos, el Hospital Militar Central, con domicilio en Bogotá y adscrito al Ministerio de Defensa Nacional debe pagar al señor doctor Guillermo Lara Hernández, dentro del término del artículo 121 del C.C.A., los valores que resulta a deber dicha Institución por concepto de las primas de alimentación, subsidio familiar, desde el primero de enero de 1963; y de actividad desde el 1o. de febrero de 1968, y mientras dicho empleado este vinculado al Hospital Militar Central y ésta institución se mantenga adscrita al Ministerio de Defensa Nacional".

Los hechos que fundamentan la demanda, en síntesis, son los siguientes:

El demandante sirve al Hospital Militar Central, en su carácter de Médico Especialista, desde marzo de 1960, en forma continua, hasta la fecha. El Hospital Militar Central fue creado por el decreto 97 de 1937 como dependencia orgánica del Ministerio de Guerra y con la finalidad primordial de dar atención y asistencia de salud al personal al servicio de dicho ramo. En 1959 se le dió la categoría de Establecimiento Público descentralizado, con patrimonio propio, personería jurídica y autonomía administrativa. Decretos posteriores reorganizaron el mismo Instituto, con las mismas finalidades y con la misma categoría de Establecimiento Público adscrito al Ministerio de Defensa. Los distintos estatutos expedidos para el funcionamiento de la Institución someten a sus empleados al régimen disciplinario de los empleados civiles del ramo de defensa. El decreto 2155 de 1970 aprobó el estatuto de personal del Hospital y en el artículo 57 del acuerdo aprobado por aquel decreto se instituyó que dicho personal de empleados únicamente

tendría derecho a devengar subsidio familiar, según el decreto 118 de 1957, subsidio de transporte y prima de navidad. Estima el actor que tiene derecho a las primas consagradas en la ley 68 de 1963 para el personal civil del ramo de guerra, pues él tiene tal categoría.

En un capítulo especial de la demanda el actor señala las disposiciones que considera violadas. Cita algunas sentencias del Consejo de Estado que están de acuerdo con las tesis por él expuestas y solicita la inaplicabilidad de los decretos que quitaron a los empleados del Hospital el carácter de civiles del ramo de defensa. Los derechos salariales que reclama están consagrados en la ley 68 de 1963, ya que está sometido al régimen disciplinario establecido para las fuerzas armadas.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Cuarta de la Corporación, después de aceptar que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado al demandante le asiste razón en cuanto al reconocimiento de las primas que solicita, se muestra partidaria de la Inconstitucionalidad de los decretos 2155 de 1970; 1895 de 1969 y 2420 de 1970.

La Fiscalía razona así:

"El decreto 2155 de 9 de noviembre de 1970, por el cual se aprobaron los Estatutos de Personal del Hospital Militar, fue dictado en desarrollo del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, que dispuso un plazo de doce meses para la elaboración de tales estatutos. Sin embargo, este ordenamiento expedido con fundamento en las facultades de la Ley 65 de 1967, facultades que sólo se concedieron por el término de un año a partir de su vigencia, o sea por el lapso comprendido entre el 28 de diciembre de 1967 y el 28 de diciembre de 1968. En tales condiciones, piensa la Fiscalía que el Gobierno no podía salirse del marco cronológico establecido por la misma ley de autorizaciones, pues de hacerlo, violaría mandatos constitucionales. Lo anterior porque desde el momento mismo en que las facultades terminaron, el ejecutivo quedaba privado, por propia iniciativa, para expedir decretos que tuvieran relación con las materias para las cuales había sido revestido de precisas facultades. Esto es así porque en materia de tanta trascendencia e importancia como la de las facultades extraordinarias que recibe el gobierno para la expedición de normas legales, se impone un criterio de interpretación restrictivo y ajustado estrechamente a los principios fundamentales de la Carta. En efecto, tales atribuciones son ejercidas por el Presidente de la República conforme al ordinal 8o. del artículo 118 de la Constitución Nacional. A su vez, el artículo 76 de la misma obra, numeral 12, faculta al Congreso para "Revestir pro tempore" al Presidente de la República, de

precisas facultades extraordinarias cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen. Son, entonces, dichas facultades, precisas y "pro tempore" como lo ordena la Carta las que le dió el Congreso por la Ley 65 de 1967 al Gobierno Nacional. Por lo tanto, las facultades que recibió el gobierno debían limitarse expresa y exclusivamente a la materia para la cual fueron concedidas y al tiempo determinado para hacer uso de ellas. Esto es así, y tiene que serlo, porque tanto las facultades que tiene el gobierno en estado de sitio como las que el Congreso le otorga, son para circunstancias o situaciones de excepción y por eso mismo han de ser precisas y objetivas, sin admitir criterios interpretativos demasiado elásticos por cuanto se pretermitirían claros mandatos contenidos en la Constitución y la Ley, a la vez que el ejecutivo dispondría, con peligrosa facilidad, de permanentes medios legislativos que en un momento dado podría atentar contra el régimen constitucional imperante.

"En vista de lo anterior, la Fiscalía considera que en realidad tanto el Decreto 2155 de 1970, como el 1895 de 1969, por las mismas razones, contrarían el mandato constitucional aludido y por lo tanto debe declararse su inaplicabilidad por vía de excepción, de acuerdo con el artículo 215 de la Carta".

En relación con el decreto 2420 de 1970 la fiscalía sostiene que él se expidió con exceso en las facultades concedidas en la ley 7a. de 1970, pues esta ley no facultó al gobierno para modificar el estatuto del personal de las entidades descentralizadas adscritas al ministerio de Defensa.

Por lo anterior la Fiscalía opina que debe accederse a las súplicas de la demanda.

Por su parte el apoderado especial del Hospital Militar Central glosa las sentencias proferidas por esta Corporación, que ordenaron el reconocimiento de las primas y del subsidio que reclama el actor, en casos semejantes.

Ha llegado el momento de proferir el correspondiente fallo, pues se ha citado para sentencia. La Sala para ello hace las siguientes

CONSIDERACIONES:

a) **Derecho del demandante.**

En distintas oportunidades ha dicho esta Sala que los empleados del Hospital Militar Central tienen la categoría de empleados civiles del ramo de Defensa y que por lo mismo tienen derecho a las primas consagradas en la ley 68 de 1963 para tales funcionarios. La Sala ha razonado así:

"Pero si respecto de otros establecimientos públicos pudiera quedar alguna duda, por estimar que su autonomía sustrae a su personal del ramo de guerra o de defensa, en el caso concreto del Hospital Militar Central hay una norma expresa, la contenida en el artículo 53 del decreto 1494 de 1965, que dice:

"Artículo 53. *Los funcionarios y empleados del Hospital Militar Central tienen el carácter de trabajadores oficiales y vinculados al Ramo de Guerra".*

"La disposición transcrita, en cuanto vincula al personal del Hospital al ramo de guerra, debe producir los siguientes efectos. De modo que si la ley 68 de 1963 señala las primas y subsidios ya mencionados como complementos salariales del personal civil del ramo de guerra, y el citado art. 53 del Decreto 1494 de 1965 asigna ese carácter específico a los trabajadores del hospital, resulta forzoso reconocerles aquellos subsidios y primas.

"Debe observarse además que el decreto 3210 de 1963 (art. 9o.) facultó a la Junta Directiva para elaborar los estatutos del hospital, los cuales debían ser aprobados por el Gobierno Nacional. En desarrollo de lo dispuesto en tal decreto, reorgánico del Hospital, la Junta Directiva elaboró los respectivos estatutos que fueron aprobados por el Gobierno mediante el decreto 1494 de 9 de junio de 1965 En tales estatutos se establece (art. 55) que la Junta Directiva tiene autonomía para determinar la clasificación y nomenclatura de empleados y que determinará los sueldos, primas y bonificaciones del personal al servicio del hospital, sin sujeción a la escala de sueldos de los trabajadores civiles del ramo de guerra ni a la de los demás empleados de la administración pública.

"Es preciso para la Sala relacionar y armonizar los dos citados artículos 53 y 55, del decreto 1494 de 1965. Y si la última norma dió autonomía a la Junta para hacer la clasificación y nomenclatura y la facultó para fijar los sueldos primas y bonificaciones, sin embargo el art. 53 quiso que, de todos modos, el personal del hospital quedara vinculado al ramo de guerra, tanto en lo que se refiere a sus responsabilidades como a sus prerrogativas. Así, si es cierto, por ejemplo, que el personal civil del ramo de guerra no puede sindicalizarse, norma que obviamente comprende al personal civil del Hospital Militar Central, es igualmente cierto que las primas especiales fijadas por la ley al personal civil del ramo de guerra o de defensa deben beneficiar a los empleados del mencionado Hospital".

Más adelante agrega la Sala:

"Por otra parte, es cierto que el art. 55 del Decreto 1494 de 1965 dice que la Junta Directiva del Hospital tiene autonomía para determinar la clasificación y nomenclatura de los empleados y que determinará igualmente los sueldos, primas y bonificaciones del personal al servicio del Hospital; pero es claro para la Sala que esta disposición, contenida en los estatutos de un establecimiento autónomo, tiene como finalidad la de mejorar, y no la de empeorar, la situación económica de los servidores de ese organismo oficial, en consideración principalmente a las delicadas funciones que les están asignadas, que requieren personal responsable, capaz, y, en muchos de sus cargos, altamente especializado. De este modo, teniendo autonomía la Junta para hacer la clasificación y nomenclatura de los empleos y para fijar las

asignaciones y complementos salariales, queda autorizada para establecer sueldos y complementos superiores, pero sería contrario el espíritu y a la finalidad misma de la norma entenderla en el sentido de que la Junta Directiva pueda desconocer o disminuir las primas y subsidios que la ley otorga a esa clase especialísima de servidores, como son los del ramo de guerra, máxime si, como ya se observó, son los mismos estatutos contentivos de ese precepto los que expresan perentoriamente que los funcionarios y empleados del hospital tienen el carácter de trabajadores vinculados al ramo de guerra. Puede entenderse también que la Junta Directiva actúa autónoma y libremente, pero dentro del marco estricto que le fija la ley y los estatutos elaborados por ella misma y aprobados por el Gobierno Nacional.

"Es cierto que la ley 68 de 1963 habla del personal civil del ramo de guerra y que el art. 53 del decreto 1494 de 1965 asigna a los funcionarios y empleados del Hospital el carácter de "trabajadores oficiales *vinculados al ramo de guerra*", pero la Sala no encuentra diferencia sustancial entre esos dos conceptos (pues no se trata de la vinculación del establecimiento público al Ministerio, sino de la vinculación de su personal al ramo de guerra) y piensa que sería injusto negar el derecho en razón simplemente de esa diferencia de terminología.

"En suma, debe concluirse que si la ley 68 de 1963 estableció las primas y subsidios para el personal civil del ramo de guerra, y la Junta Directiva, que tiene autonomía para fijar los sueldos, primas y bonificaciones, al elaborar los estatutos definió al personal del Hospital como compuesto por trabajadores oficiales vinculados al ramo de guerra (estatutos que fueron además aprobados mediante decreto por el gobierno nacional, dictado en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confirió el decreto 3210 de 1963), el personal civil del mencionado establecimiento público tiene derecho a aquellos complementos salariales.

Podría argüirse, sin embargo que el decreto 1494 de 1965 dice en su art. 54 que el personal civil al servicio del Hospital Militar Central tendrá derecho a las mismas prestaciones sociales de los empleados civiles del ramo de guerra consagradas en el decreto 351 de 20 de febrero de 1964, reglamentario de la ley 68 del 23 de diciembre de *1963 en su título cuarto;* y que como tal título cuarto no contiene las normas sobre los complementos salariales reclamados, podría pensarse –a contrario sensu– que el personal del Hospital no tiene derecho a las primas y subsidio de que trata el *capítulo segundo del título segundo* del mismo decreto 351 de 1964. Ello sin embargo no es así, pues es natural que se haya consagrado expresamente el derecho de los trabajadores del Hospital, a recibir las prestaciones sociales fijadas en el título cuarto del decreto 351 de 1964, ya que podría surgir la duda sobre tal derecho; pero es lo cierto que las primas y subsidios que ahora reclama el actor no tienen el carácter de prestaciones sociales, sino de elementos integrantes de la asignación. Por eso, debe aceptarse que, teniendo el personal del Hospital derecho a las prestaciones sociales de que trata el *título cuarto* del decreto 351 de 1964, en virtud de la norma expresa contenida en el art. 54 del decreto 1494 de 1965, lo tienen igualmente a los complementos salariales señalados para el personal civil del ramo de defensa o de guerra, por la ley 68 de 1963, en virtud de la vinculación del personal del hospital al ramo de guerra o de defensa hecha por el art. 53 del mismo decreto 1494 de 1965, aprobatorio de los estatutos del Hospital Militar Central.

"Podrían quedar también otras dudas. La primera consistente en que el Decreto 1494 de 1965 otorga autonomía a la Junta Directiva para determinar la clasificación y nomenclatura del personal del Hospital y para fijar igualmente los sueldos, primas y bonificaciones. No dice la norma que la Junta sea autónoma para fijar sueldos, primas y bonificaciones, sino que señala las dos funciones de la Junta: determinar autónomamente la clasificación y nomenclatura, y fijar los sueldos, primas y bonificaciones. Pero, incluso si se entendiera que la Junta puede, autonomamente, determinar sueldos, primas y bonificaciones, es claro: a) que solo puede hacerlo dentro del marco legal; b) que solo puede hacerlo dentro de los límites señalados en los estatutos del Hospital, y ciñéndose estrictamente a su texto; c) que los propios estatutos dicen que los empleados del Hospital están vinculados al ramo de guerra; d) que es la ley misma (la 68 de 1963) la que establece los complementos salariales reclamados en favor de los empleados civiles del ramo de guerra.

"La otra duda consiste en que, siendo la Ley 68 de 1963 la que consagra las primas y subsidios para el personal civil del ramo de guerra, es lógico acudir, para la definición de ese personal, al mismo estatuto, el cual lo limita a las personas civiles que trabajan en dependencias del Ministerio de Defensa, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; y como el personal del Hospital no trabaja en ninguna de esas dependencias (porque, siendo establecimiento autónomo, no es dependencia del Ministerio; y Fuerzas Militares están constituídas solamente por el Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea), podría concluirse que no tiene derecho a los complementos salariales aludidos. Pero esta duda se despeja, en opinión de la Sala, si se considera: a) que una norma posterior, como es el art. 53 del decreto 1494 de 1965, asigna el carácter de personal civil vinculado al ramo de guerra al del Hospital Militar Central; b) que esa norma estatutaria (aprobada mediante Decreto) debe producir todos sus efectos, tanto respecto de las responsabilidades como de las prerrogativas del personal del Hospital; c) que la Junta Directiva está facultada tanto para elaborar los estatutos como para fijar los sueldos, primas y bonificaciones, y que son los propios estatutos del Hospital –elaborados por la Junta y aprobados por el gobierno– los que vinculan a los empleados del Hospital al ramo de guerra, otorgándoles, así sea tácitamente, los derechos que al personal de ese ramo le corresponden.

"De todos modos, frente a los argumentos que se dejan expuestos en favor y en contra de las peticiones del demandante, la Sala debe optar por la solución más favorable al trabajador, de conformidad con lo dispuesto por el C.S.T.

"Por las anteriores razones, estima la Sala que deben prosperar las súplicas contenidas en la demanda presentada por el doctor Andrés Roselli Quijano, en lo que se refiere al subsidio familiar, a la prima de antiguedad y a la prima de alimentación –que son los tres complementos salariales consagrados por la Ley 68 de 1963–, ya que, por lo demás, ha demostrado que se halla vinculado por su trabajo al Hospital Militar Central, que labora con tiempo completo de servicio y disponibilidad permanente, y –para efectos del subsidio familiar– que es casado y padre de familia.

"Respecto de la *prima de actividad*, se tiene lo siguiente: La demanda, presentada en febrero de 1969, dice que todo empleado civil del ramo de Defensa Nacional

tiene derecho a devengar además de su sueldo básico una prima de actividad del 10o/o desde el 1o. de enero de 1963 hasta el 1o. de febrero de 1968, fecha en que fue aumentada al 15o/o sobre el sueldo básico; e invoca, en apoyo de esta petición la ley 131 de 1961 y el decreto 188 de 1968.

"Ocurre que la ley 131 de 1961 establece la prima de actividad para el personal de Oficiales y Suboficiales de las fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en cuantía del 15o/o de su sueldo básico mensual (art. 1o.); y en su art. 2o. dice que el personal civil *al servicio de las Fuerzas Militares* tendrá derecho a una prima de actividad que se liquidará sobre el sueldo básico, en cuantía del 15o/o para los sueldos hasta de mil pesos, y de 10o/o para los sueldos de $1.001.oo en adelante.

"Pero dicha ley 131 de 1961 no estableció la prima de actividad para el personal civil del ramo de guerra, ni concretamente para el personal del Hospital Militar que ya entonces funcionaba como un establecimiento público descentralizado. De modo que la petición sobre prima de actividad no puede prosperar con base en la Ley 131.

"La parte demandante invoca también el Decreto 188 de 1968, cuyo art. 7o. establece evidentemente la prima de actividad para el personal civil al servicio del *ramo de Defensa Nacional;* pero esta disposición es posterior a la resolución No. 225 de 1967, acusada en el presente juicio, por lo cual podría pensarse que, siendo legal el acto administrativo al ser expedido en 1967, no puede ser anulado por este aspecto, en razón de una norma posterior como es el art. 7o. del Decreto 188 de 1968. Sin embargo, ya en casos similares esta Sala se ha pronunciado en sentido favorable al trabajador, por estimar que las leyes laborales tienen efecto general inmediato, y son de orden público, y además el juzgador debe aplicar la disposición más favorable al trabajador, todo ello de conformidad con lo dispuesto por el Código del Trabajo, aplicable en tales aspectos tanto al sector privado como al sector público. Tal fue el criterio aplicado por la Sala al decidir el juicio promovido por el ex–Notario Marino Cucalón Rengifo, en fallo de fecha diecisiete de marzo de 1970, con ponencia del mismo Consejero que ha sustanciado este negocio. Por lo demás, como el demandante solicitó, ante el Hospital y el Ministerio el reconocimiento y pago de los complementos salariales, incluído el de la prima de actividad, debe entenderse que también en ese aspecto de la cuestión debatida queda agotada la vía gubernativa con el pronunciamiento que hizo el Director del Hospital al expedir la Resolución acusada, por lo cual resulta imposible, al anular ese acto administrativo, restablecer al demandante en su derecho reconociéndole la prima de actividad correspondiente a su cargo.

"De todos modos, debiendo prosperar la solicitud sobre prima de actividad en razón de lo dispuesto por el art. 7o. del Decreto 188 de 1968, que la establece para el personal civil del ramo de Defensa Nacional, al cual están vinculados los empleados del Hospital es claro que solo puede decretarse este complemento salarial a partir del día de vigencia del mencionado Decreto, o sea desde el 1o. de febrero de 1968". (Fallo en juicio de Andrés Roselli Quijano, fechado el 27 de agosto de 1970. Ponente: Dr. Andrés Holguín.

En la providencia que se acaba de transcribir el Consejo ordenó al Hospital Militar Central reconocer y pagar al demandante las primas de alimentación y

de antiguedad a partir de la vigencia del decreto 1494 de 1965, porque consideró que fue éste el que, "de una manera expresa, vinculó al ramo de guerra a los funcionarios y empleados del Hospital Militar Central; con posterioridad a esa fecha, no existía vinculación expresa del personal del Hospital al ramo de Guerra". Y como uno de los principales fundamentos de este fallo es precisamente esa vinculación, hecho por el art. 53 del Decreto 1494 de 1965, es claro que no puede reconocerse el derecho a los complementos salariales reclamados, con anterioridad a la vigencia de ese decreto.

De tal manera que el principal argumento de la Sala, en esa oportunidad, para reconocer tales complementos salariales, fue precisamente el hecho de que los estatutos del Hospital Militar Central, consideraron a los empleados vinculados a éste como personal civil del ramo de Guerra o de Defensa.

Ahora bien: Tales estatutos han sido modificados por normas posteriores. Corresponde entonces, en primer lugar, entudiar si estos últimos pueden ser aplicados, ya que se tachan de inconstitucionales, tanto por el demandante como por la Fiscalía.

A este respecto la Sala observa:

El artículo 9o. del Decreto 3210 de 1963 facultó a la Junta Directiva del Hospital para elaborar los estatutos del mismo, los cuales debían ser aprobados por el Gobierno Nacional. Posteriormente el decreto ley 1050 de 1968, en su artículo 26, al señalar las facultades de las juntas directivas de los establecimientos públicos, indicó la de "adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno". Y por último el decreto 3130 del mismo año de 1968 en relación con el estatuto de personal dispuso en el art. 38 que "las juntas o consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de expedición del presente decreto, elaborarán para aprobación del Gobierno el proyecto de estatuto de su personal en el que se determinen las condiciones para la creación, supresión y fusión de cargos y de acceso al servicio; las situaciones administrativas y el régimen disciplinario; el campo de aplicación de la carrera administrativa y los correspondientes procedimientos; lo mismo que todo lo referente a la *clasificación y remuneración de los empleos, primas o bonificaciones, gastos de representación, viáticos, horas extras, prestaciones sociales* y requisitos para el otorgamiento de comisiones en el interior o en el exterior del país" (Subraya la Sala).

En desarrollo de esta facultad la Junta Directiva del Hospital Militar Central, mediante el acuerdo No. 1 de 1969, expedido el 20 de noviembre de 1969,

esto es dentro de los doce meses señalados en la norma transcrita atrás, adoptó el Estatuto de Personal de la entidad. Este acto fue aprobado por el Gobierno mediante el decreto 2155 de 1970, el cual aparece publicado en el Diario Oficial No. 33217 de 22 de diciembre del mismo año.

El artículo 57 del mencionado acuerdo indicó las primas y bonificaciones a que tendrían derecho los empleados al servicio del Hospital, y el artículo 59 enfáticamente dispuso que "las asignaciones, primas y bonificaciones señaladas en los artículos anteriores son las remuneraciones exclusivas de los empleados y trabajadores del Hospital Militar Central y en consecuencia, no son susceptibles de aumentos o complementos salariales de ninguna clase".

Ahora bien: Se dice que la ley 65 de 1967 que otorgó facultades al Presidente de la República para, entre otras "establecer las reglas generales a las cuales deben someterse los institutos y empresas oficiales en la creación de empleos y en el señalamiento de las asignaciones y prestaciones sociales de su personal y regimen de servicio". fue violada porque el gobierno se excedió en ella, al disponer que los estatutos de personal serían proferidos dentro de los doce meses siguientes a la fecha de expedición del decreto 3130 de 1968.

No lo cree así la Sala. En efecto: El Gobierno fijó las reglas generales a las cuales se deben someter los institutos descentralizados y en la creación de empleos y en el señalamiento de las asignaciones. Esto, obviamente, lo hizo antes de vencerse las facultades otorgadas en la ley. Por el hecho de conceder un plazo de doce meses para que los institutos se sometieran a las pautas dadas en el decreto ley, no puede concluirse que se prorrogó asímismo las facultades. Nada más absurdo e injurídico. La ley lo autorizó para señalar pautas generales a estos establecimientos públicos en materia de creación de empleos y fijar asignaciones, y ello fue precisamente lo que se hizo.

La aprobación que debe impartir el Gobierno a los estatutos generales y al de personal, está originada en el control de tutela que debe tener el gobierno en relación con los entes descentralizados. Este control de tutela no es temporal sino permanente. De tal manera que el decreto 2155 de 1970 no es dictado en virtud de las facultades temporales de la ley 65 de 1967, sino en virtud de un poder de control que tiene el Gobierno sobre los institutos. Este control existía desde antes de la mencionada ley, pues ya se dijo que el decreto 1494 de 1965 fue dictado en virtud del mismo control previsto desde el año de 1963.

Decir ahora que por el hecho de que el Gobierno apruebe unos estatutos de un establecimiento público se está prorrogando las facultades de la ley que autorizó para reorganizarlos, es tesis que no puede compartir la Sala.

Es lógico entonces que el Consejo aplique los nuevos estatutos del Hospital Militar, pues ellos no están por fuera del marco constitucional. Y esta aplicación debe hacerse desde la fecha de la publicación del Decreto que les impartió aprobación, pues si necesitan de ésta, es claro que no pueden entrar a regir mientras ella no ocurra.

Como en virtud de tales estatutos se les quitó a los empleados del Hospital Militar Central la categoría de personal civil del ramo de Guerra que, según la doctrina del Consejo, les había otorgado el decreto de 1965 aprobatorio de los anteriores estatutos, es obvio que hasta la fecha de la vigencia de aquellos tienen derecho a los suplementos salariales que reclaman.

En relación con el decreto 2420 de 1970, también tachado de inconstitucional y de inaplicable, la Sala estima que no es necesario entrar a hacer ninguna consideración sobre él puesto que el presente fallo no tiene fundamento en el mismo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo en parte con el Concepto Fiscal,

FALLA:

1. Declárase la nulidad de las resoluciones Nros. 299 de 1970 y 147 de 1971, dictadas por el Director del Hospital Militar Central, por medio de las cuales se le negó al Dr. Guillermo Lara Hernández el reconocimiento y pago de unos complementos salariales.

2. Como consecuencia de la nulidad decretada en el numeral anterior y a manera de restablecimiento del derecho quebrantado, declárase que el Hospital Militar Central debe reconocer y pagar al Dr. Guillermo Lara Hernández el subsidio familiar y la prima de alimentación, a partir del 9 de junio de 1965 hasta el 22 de diciembre de 1970.

3. El Hospital Militar Central reconocerá y pagará al mismo doctor Lara Hernández la prima de actividad de que trata el art. 7o. del decreto 188 de 1968, a partir del primero de febrero de 1968 y hasta el 22 de diciembre de 1970.

4. Se le dará cumplimiento a este fallo dentro del término fijado por el art. 121 del C.C.A.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 8 de junio de 1972.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Orejuela Gómez — Eduardo Aguilar Vélez — Nemesio Camacho Rodríguez — Rafael Tafur Herrán (Con Salvamento de Voto).

Susana M. de Echeverri
Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Por las mismas razones que ampliamente he expuesto con anterioridad y que estimo en pié, las cuales se sintetizan en que los empleados del Hospital Militar no son ni han sido, en mi sentir, empleados civiles del Ramo de Defensa en el sentido y para los efectos de la Ley 68 de 1963, atentamente consigno mi disentimiento con las conclusiones de la mayoría de la Sección en la providencia que precede.

Fecha ut supra.

Rafael Tafur Herrán.

CAJA NACIONAL DE PREVISION

PRESTACIONES SOCIALES. Su irrenunciabilidad. Los mayores de 50 años pueden renunciar al Seguro de Vida pero no a la pensión de invalidez. Los inválidos pueden renunciar a aquellos riesgos que sean consecuencia de su estado.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D.E., junio veintiuno de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez.

El apoderado de la señora Ana Castro Vda. de Hernández, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, previos los trámites correspondientes al juicio ordinario, hiciera las siguientes declaraciones:

> "**Primero**: Que son nulas las Resoluciones números J–05467 de 1967 (agosto 29) y 1–00419 de 1968 (enero 15) proferidas por la Caja Nacional de Previsión, por medio de las cuales se negó a mi mandante la pensión de invalidez a que tiene derecho; y
>
> "**Segundo**: Que, como consecuencia de la nulidad declarada, por ilegalidad de los actos administrativos acusados, se condene a la Caja Nacional de Previsión, representada por su actual Director General Dr. Carlos Augusto Gutiérrez, quien tiene sus oficinas en la Avenida de el Dorado con carrera 60, de esta ciudad, a reconocer y pagar a mi poderdante la pensión de invalidez que le fue negada, en cuantía igual al 75o/o del promedio de sueldos, primas, bonificaciones y demás sumas percibidas durante el último año de servicios, más los reajustes ordenados o que se ordenen por leyes posteriores y efectiva a partir del 30 de junio de 1967, fecha desde la cual se halla separado del servicio, por incapacidad".

Los hechos que se expusieron en la demanda, en apoyo de lo solicitado, en síntesis, son los siguientes:

La señora demandante prestó servicios al Estado Colombiano, como Portera, Ayudante de Ecónoma y Ecónoma de diferentes centros docentes oficiales, desde el primero de febrero de 1948 hasta el 29 de junio de 1967, con algunas interrupciones. Cuando ingresó al servicio público en 1948, forzosamente debía estar en perfectas condiciones de aptitud para el desempeño de las labores que le correspondían, pues en otra forma no hubiera podido desempeñarlas por un tiempo superior a 14 años. El retiro del servicio se debió a absoluta incapacidad física para el trabajo, tal como se dice en el concepto médico que obra en el expediente administrativo. Si esto es así, es lógico que tiene derecho a la pensión de invalidez. Por ello

solicitó a la Caja Nacional de Previsión que le hiciera tal reconocimiento, pero mediante las resoluciones enjuiciadas, la entidad demandada, no accedió a decretarle la prestación solicitada. Se agotó debidamente la vía gubernativa.

La cuantía del juicio se estimó en menos de cincuenta mil pesos.

Se citaron en la demanda como violados las siguientes disposiciones: art. 17, literal c) de la Ley 6a. de 1945; art. 1o. del decreto 2615 de 1945 y art. 2o. del decreto 2567 de 1945. Ampliamente se expone el concepto de la violación.

En sentencia proferida el 28 de mayo de 1971 el Tribunal accedió a las súplicas de la demanda, esto es, anuló las resoluciones enjuiciadas y ordenó a la Caja Nacional de Previsión reconocer y pagar a la demandante la pensión de invalidez en la cuantía señalada en la ley 4a. de 1966, a partir del 30 de junio de 1967.

El apoderado de la Caja Nacional de Previsión apeló del fallo y el negocio llegó al Consejo. Aquí ha sido tramitado en forma legal la segunda instancia.No se observa causal de nulidad que invalide lo actuado. Se recibió concepto de la Fiscalía Cuarta y el apoderado de la Caja alegó de fondo.

La Sala hace las siguientes *Consideraciones:*

El problema planteado se reduce a saber si es válida o no la renuncia al derecho de disfrutar de la pensión de invalidez, hecha por la actora, en el año de 1960, renuncia que tuvo su origen en el hecho de ser mayor de cincuenta años. La Caja, para negar la prestación, se fundamentó, precisamente en esta circunstancia.

En principio, y tal como lo afirma el Tribunal, las prestaciones sociales tienen el carácter de irrenunciables. Así lo dispone terminantemente el artículo 11 del decreto 2127 de 1945, el cual fue subrogado por el 1o.del 2615 de 1946 que dice:

> "El artículo 11 del decreto 2127 de 1945, quedará así:
>
> "**Artículo 11.** Los derechos consagrados por las leyes en favor de los trabajadores, no son renunciables.
>
> Sin embargo, los mayores de cincuenta años podrán renunciar total o parcialmente, al seguro de vida.

"Los inválidos podrán renunciar a las indemnizaciones establecidas en las leyes para aquellos riesgos que sean precisamente una consecuencia de su estado de invalidez. Se entiende por inválidos, para tal efecto los trabajadores con defectos orgánicos o fisiológicos definitivos, pero que están todavía en condiciones de desarrollar alguna capacidad de trabajo".

De la norma transcrita se deduce, sin lugar a dudas, que los mayores de cincuenta años pueden renunciar al seguro de vida, pero en forma alguna a la pensión de invalidez. Los inválidos, en cambio, pueden renunciar a aquellos riesgos que sean consecuencia de su estado.

Esta renuncia o determinadas prestaciones, tiene por objeto, como lo dice el salvamento de voto de uno de los Consejeros, "facilita la manera de que los mayores de cincuenta años y los inválidos o enfermos, tengan la posibilidad de emplearse y ganarse un salario para su subsistencia".

Pero, para la Sala, es obvio que la renuncia que pueden hacer los mayores de cincuenta años, es únicamente para el seguro de vida y no para otra clase de prestaciones. La norma copiada atrás no deja dudas al respecto. En tal forma que si una persona, mayor de cincuenta años, es admitida al servicio público en buenas condiciones de salud, no tiene por qué renunciar a la pensión de invalidez. Unicamente puede hacerlo en relación con el seguro de vida. En cambio el que ya es inválido puede renunciar a las indemnizaciones provenientes de este estado de salud.

En el caso a estudio a la demandante se le ha negado su derecho con el argumento de que en el año de 1960, al tomar posesión de un cargo, renunció por ser mayor de cincuenta años a la pensión de invalidez. Esta renuncia, piensa la Sala, no podía ser válidamente hecha por la actora. En consecuencia tiene derecho al reconocimiento que impetra.

No son pues valederos los argumentos expuestos por el apoderado de la demandada, pues la renuncia, se repite, no tiene validez.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en su concepto de fondo acoge los argumentos del a—quo y solicita la confirmación del fallo. Como esto está de acuerdo con los planteamientos de la Sala, resulta jurídico y por lo mismo merece confirmarse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fecha 28 de mayo de 1971.

Se hace constar que esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión del día 16 de junio de 1972.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alvaro Orejuela Gómez – Eduardo Aguilar Vélez – Nemesio Camacho Rodríguez – Rafael Tafur Herrán.

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS NACIONALES

NOTIFICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Debe hacerse personalmente y si ello no fuere posible solo entonces procede la por edicto. Notificación en materia de impuestos sobre la renta.

IMPUESTOS. Exención de impuestos a las Compañías Aéreas.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D.E., junio veintidós de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Gustavo Salazar T.

Ref: Expediente número 1888
Actor: Helicópteros Nacionales de Colombia S.A. (Helicol).

La sociedad comercial cuya razón social es Helicópteros Nacionales de Colombia S.A. (Helicol), con domicilio en Bogotá, ha demandado del Consejo de Estado declare la nulidad de las Resoluciones números R 1495 H de 21 de junio de 1967 y R 2790 H de 2 de diciembre de 1970 dictadas por la Dirección General de Impuestos Nacionales y que como consecuencia determine que la compañía actora está exenta del pago de los impuestos sobre la renta y complementarios correspondientes a 1963 y se ordene devolver la cantidad de $374.484.oo pagada por tal concepto junto con los intereses legales desde el día del pago y hasta cuando se haga el reintegro.

Por la primera de las Resoluciones acusadas la Dirección negó la exención de impuestos solicitada por la sociedad ya que cree tener derecho según el artículo 117 de la ley 81 de 1960 y por la segunda no accedió a restituir términos para interponer recurso de reposición contra la anterior ni a decretar la nulidad de la diligencia de notificación de la misma.

Como hechos sustentadores de la acción la sociedad expuso los siguientes:

"1. El 23 de diciembre de 1965 la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá estableció los impuestos de renta, complementarios y especiales a cargo de la sociedad que represento por el año gravable de 1963 en cuantía de $442.334.oo, que se descomponen así: renta y complementarios, $374.484.oo y especiales $67.850.oo.

"2. Dentro de los seis meses siguientes a dicha liquidación, la compañía solicitó al jefe de la división de impuestos nacionales que reconociera la exención consagrada en el artículo 117 de la ley 81 de 1960, acompañando las pruebas pertinentes para demostrar: la calidad de empresa colombiana de transporte aéreo, el reconocimiento de su personería jurídica y la inversión en equipos de vuelo en

cuantía equivalente al valor del impuesto de renta y complementarios liquidado por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá. Dicha documentación estaba contenida en papel con membrete de la compañía, donde aparecía impresa la dirección y los teléfonos de la misma (carrera 9a. número 16–51, oficinas 701 a 706, teléfonos 436228 y 434857).

"3. El 21 de junio de 1967 la Dirección de Impuestos Nacionales por medio de la Resolución número R 01495 H negó la solicitud de exención presentada por la compañía, en vista de que la inversión se había hecho no dentro de los seis meses siguientes a la notificación de la liquidación oficial sino con anterioridad a ella.

"4. En la Resolución citada se dispuso lo siguiente:

"De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Decreto 2733 de 1959, notifíquese personalmente al interesado advirtiéndole que contra esta providencia procede el recurso de reposición del cual puede hacer uso por escrito dentro de los cinco días útiles siguientes contados a partir de la notificación personal'.

"5. Con el objeto de hacer la notificación personal de la mencionada Resolución, se dirigió, con fecha 5 de julio de 1967, un oficio de citación al doctor Diego Pardo Tovar, secretario de la compañía y quien había sido nombrado apoderado, dirigido a la carrera 9a. número 16–51 of. 801 de Bogotá. No se sabe de donde se tomó la especificación: of. 801; dicha oficina era ocupada por la compañía, pero no funcionaba allí la correspondencia.

"6. La comunicación fue devuelta por el correo urbano con la leyenda: 'no reside', a pesar de que hasta el 31 de julio de 1967 la compañía ocupó el local a donde iba dirigido el oficio.

"7. La oficina de notificaciones de la Administración de Impuestos de Bogotá, sin hacer ninguna otra diligencia para obtener la comparecencia de un representante de la compañía, procedió a hacer la notificación por edicto, el cual fue fijado el 25 de agosto de 1967 a las ocho y media de la mañana y desfijado el 31 de agosto del mismo mes y año, a las cinco y media de la tarde.

"8. Cuando la compañía advirtió que había sido expedida la Resolución R 1495 H de 1967 y que también había sido notificada por edicto, solicitó alternativamente: la restitución de los términos para interponer recurso de reposición o la declaración de nulidad de la notificación hecha, y en el mismo escrito interpuso recurso de reposición contra la mencionada Resolución. Posteriormente se presentaron las pruebas de la inversión en equipos de vuelo dentro de los seis meses siguientes a la notificación de la liquidación oficial.

"9. La Dirección de Impuestos Nacionales por medio de la Resolución número R 2790 H del 2 de diciembre de 1970 negó las solicitudes de restitución de términos y de nulidad y se abstuvo de conocer del recurso de reposición interpuesto.

"10. La mencionada Resolución fue notificada el día 10 de diciembre de 1970 personalmente al apoderado de la compañía.

"11. La compañía pagó el valor total de los impuestos que se le cobraban por el año de 1963".

Alegó como disposiciones violadas los artículos 10, 11, 12, 13 y 14 del Decreto–ley 2733 de 1959, 63 y 73 del Decreto 1715 de 1960, 54 del Decreto–ley 1651 de 1961, 117 de la ley 81 de 1960 y 1o. del Decreto–ley 437 de 1961.

El concepto de violación lo expresa de la siguiente manera en relación con las normas citadas y que reglamentan el conocimiento que debe darse de los actos oficiales:

"1. No se expresaron los recursos procedentes. En la Resolución R–1495 H de 1967 se expresó, como quedó transcrito arriba, que de conformidad con los artículos 13 y 14 del Decreto 2733 de 1959 procedía el recurso de reposición. Sin embargo, los mencionados artículos conceden recurso de reposición y de apelación. En esta forma, se negó el recurso de apelación que según las mismas disposiciones citadas procedía. Por otra parte, el artículo 13 del Decreto citado establece los recursos de reposición y apelación 'salvo disposición especial en contrario'. En el caso presente, existen disposiciones especiales que son los artículos 63 y 73 del Decreto 1715 de 1960, que dicen: Artículo 63. 'Contra las providencias que dicta el Jefe de la División de Impuestos Nacionales relacionadas con Good Will, exención de impuestos, cumplimiento de fallos de tribunales, depreciaciones aceleradas, reservas para deudas dudosas y prórrogas procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario'.

"Artículo 73. 'La interposición de los recursos definidos en los artículos 60, 61, 62, 63 y 70 debe efectuarse dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la respectiva providencia'.

"Como se puede observar de la lectura de la norma ultimamente citada, el plazo para la interposición del recurso de reposición era de 10 días. Sin embargo, la resolución en cuestión únicamente concedió 5 días.

"Sea que se considere aplicable el Decreto 2733 de 1959 o el 1715 de 1960, de todas maneras la notificación fue nula: en el primer caso, porque no se expresó la posibilidad de interponer el recurso de apelación; en el segundo caso, porque no se expresó que el término para recurrir en reposición era de diez (10) días.

"2. No se agotaron las posibilidades existentes para hacer la notificación personal. El artículo 10 del Decreto 2733 de 1959 claramente establece que las providencias que ponen término a un negocio o actuación administrativa deben notificarse personalmente al interesado o a su representante o apoderado, y el artículo 11 expresa que 'si no se pudiera' hacer la notificación personal, ésta se hará por edicto.

La oficina de notificación envió el oficio de citación a una dirección distinta de la que figuraba en el membrete; la circunstancia de que hubiera sido devuelta dicha carta con la constancia de no residencia en la dirección indicada, no demuestra la imposibilidad de hacer la notificación personal, ya que, me permito repetirlo, en la solicitud hecha por la compañía para obtener la exención había utilizado membretes en los cuales estaban impresos dirección y teléfonos. Por consiguiente, la oficina de impuestos ha debido intentar nuevamente la notificación personal mediante un oficio dirigido a la dirección del contribuyente indicada en el membrete.

"De otra manera, no se puede hablar de imposibilidad de hacer la notificación personal y la notificación por edicto es nula.

"Por otra parte, si se tiene en cuenta que por la época en que se dirigió el oficio en cuestión (Julio 5 de 1967), la Compañía ocupaba los locales que aparecían en el membrete, se hace más patente si cabe, que no existió imposibilidad de hacer la notificación personal".

El colaborador del Consejo doctor Bernardo Ortiz Amaya ha planteado dentro del proceso la tesis de que la Corporación no tiene competencia para resolver sobre la declaración de exención de impuestos solicitada, con fundamento en el razonamiento que a continuación se transcribe:

"La Fiscalía ha sostenido y se reafirma en lo dicho que las dos Resoluciones acusadas resuelven problemas distintos, que corresponden a actos administrativos diferentes, por lo que no se puede hablar de primera y segunda resolución, pues cada una de ellas es primera y única, con relación a los planteamientos que la parte interesada formuló ante la administración.

"Efectivamente, la Resolución 1495 de 1967 negó la solicitud de exención formulada por la empresa demandante y dicha resolución por haber sido dictada por la División de Impuestos Nacionales tenía como único recurso, para agotar la vía gubernativa, el de reposición ante la misma entidad.

"Pero dicho recurso de reposición no fue interpuesto dentro del tiempo oportuno y como la Resolución fue notificada por edicto el 25 de agosto de 1967, edicto que fue desfijado el 31 del mismo mes, el acto en cuestión quedó ejecutoriado.

"Pero, además, para poder acusar dicho acto, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la parte interesada disponía de un término de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha de su notificación, si se trata de ejercer la acción de plena jurisdicción, o de tres (3) meses, si se trata de la acción de revisión de impuestos.

"En uno u otro caso, para finales del mes de diciembre de 1967, habían caducado ya las dos acciones contenciosas correspondientes y la parte interesada había perdido la oportunidad para ejercerlas.

"Solo hasta el día 29 de enero de 1968, el apoderado de la empresa, solicitó a la División General de Impuestos la restitución de términos de la notificación de la Resolución ya ejecutoriada y en firme y, en subsidio, la nulidad de la misma notificación efectuada por edicto fijado el 25 de agosto de 1967.

"Los términos preclusivos de la Ley, dictados con el fin de crear estabilidad a los actos de la Administración o de la Jurisdicción, son de orden público, y su eficacia no puede quedar sometida a la voluntad o al capricho ni de los particulares, ni de las autoridades correspondientes; y, por lo tanto, cualquier actuación que tienda a desconocer o a hacer ineficaz el transcurso del tiempo previsto en la Ley, no puede servir de fundamento para retrotraer las cosas, en forma arbitraria y caprichosa.

"Si el apoderado de la empresa formuló la solicitud de nulidad de la notificación o pidió la restitución de términos, con ella buscaba reabrir la etapa de la vía gubernativa y revivir, nuevamente, esos términos para impedir su agotamiento; pero, es importante agregar que cuando formuló su petición, la Resolución en cuestión estaba ya ejecutoriada y caducada la oportunidad para ejercer la acción contenciosa.

"Si el intento de la empresa tenía éxito, forzosamente, la vía gubernativa se revivía y, por lo tanto, era necesario volver a contar los términos de ejecutoria de la notificación o realizar, nuevamente, ésta, para cumplir con las formalidades legales. Pero, si su petición no prosperaba, la Resolución quedaba en firme y caducada la acción contenciosa.

"Al pedir la nulidad de la Resolución que negó la restitución de términos y que desechó la nulidad de la notificación, la empresa actora, busca exclusivamente, revivir, nuevamente, la etapa de la vía gubernativa. Y si, dentro del proceso contencioso, lo logra, no puede, dentro de la misma acción, el Consejo de Estado, entrar a resolver sobre la cuestión de fondo decidida en la primera Resolución, por cuanto que, por haberse revivido la vía gubernativa, no ha adquirido, el Consejo de Estado, la competencia necesaria para entrar a decidir sobre ella.

"Por eso, al proponer, el actor, en una misma demanda, la nulidad de la Resolución que negó la restitución de términos y la nulidad de la Resolución que negó la exención y para la cual se pide que se restituyan los términos, está efectuando una indebida acumulación de pretensiones, porque la decisión favorable de una, contraría la petición de la otra y la decisión desfavorable de esa misma Resolución produce, automáticamente, el fenómeno de que la Resolución que negó la exención se halle ejecutoriada y caducada la acción para reclamar contra ella.

"No puede, pues, sostenerse que las dos Resoluciones son partes de un acto administrativo complejo, sino que ellas resuelven independientemente, fenómenos jurídicos de índole diversa, que no se pueden enganchar caprichosamente, para burlar, por esa vía, los términos preclusivos de la Ley.

"Aun cuando la Resolución de 1970, resuelve un problema de procedimiento, ella decidió en el fondo el problema jurídico planteado y no puede tratarse como una prolongación de la Resolución de 1967, que trataba de la petición de exención.

"Esta última Resolución entró a decidir sobre otro problema jurídico distinto, se dejó ejecutoriar y se dejó precluir el término de caducidad para ejercer la acción contenciosa. Si la notificación de dicha Resolución es defectuosa, ello tiene que ventilarse en forma separada, pues, si prospera, bien la restitución o bien la nulidad, las cosas tienen que retrotraerse al estado en que se encontraban en el momento de incurrir en la nulidad y, por lo tanto, quedaría revivida la etapa gubernativa que impediría el Consejo de Estado, entrar a conocer y estudiar el problema resuelto por la resolución de 1967, precisamente, porque no se consideraría agotada esa vía gubernativa".

Cumplido el trámite propio del juicio ordinario y en firme el auto de citación para sentencia procede la Sala a resolver la cuestión controvertida.

Según los documentos que obran en los antecedentes administrativos se tienen los siguientes hechos:

a) La administración de impuestos nacionales de Bogotá le comunicó a Helicópteros Nacionales de Colombia, por aviso número 3489 de 23 de diciembre de 1965, el valor de los impuestos liquidados sobre la renta y complementarios correspondientes al año de 1963 (folio 61);

b) El gerente de la empresa pidió a la Dirección de Impuestos Nacionales la exención del impuesto liquidado apoyándose en la norma del artículo 117 de la ley 81 de 1960 y acompañó los documentos que la acreditan como empresa colombiana de transporte aéreo y certificado del revisor fiscal y contador de la compañía según el cual ésta invirtió en renovación, adición y mantenimiento de equipo en el año de 1963 la cantidad de $6.549.249.95. La solicitud fue presentada el 16 de junio de 1966 (folios 35, 54 y siguientes);

c) La Dirección dictó la resolución número 2860 de 27 de octubre de 1966 en la que observa que la solicitud de exención no tiene adheridas estampillas de timbre nacional por el valor indicado en la ley 24 de 1963 y por lo mismo no puede considerar la solicitud hasta tanto no sea revalidado el documento en cuestión (folio 62);

d) El 29 de noviembre de 1966 el gerente de Helicol presenta en la Dirección un memorial en que manifiesta que ha conferido poder especial al doctor Diego Pardo Tovar para que lo represente ante esa División "en todas las tramitaciones en que sea parte la compañía, quedando particularmente investido para notificarse de los autos emanados de ese despacho". En el memorial se anota como dirección del apoderado la carrera 9a. número 16–51, oficina 801, teléfono 428658 de Bogotá (folio 64);

e) En la misma fecha la Dirección notifica al apoderado Pardo Tovar la Resolución número 2860 de 1966 y se revalida la solicitud de exención con

el pago de treinta pesos ($30.oo) en estampillas (folios 63 vuelto y 54 vuelto);

f) El 21 de junio de 1967 la División dicta la Resolución número R 1495 H por la que resuelve la petición de exención en forma negativa y dispone que la providencia sea notificada personalmente en los términos de los artículos 13 y 14 del Decreto 2733 de 1959, advirtiéndole al interesado que contra la misma procede el recurso de reposición dentro de los cinco días siguientes contados a partir de la notificación personal y que si no pudiere hacerse así se haga por el procedimiento del artículo 11 del mismo Decreto;

g) Mediante oficio de 3 de junio de 1967 la Dirección le comunica al doctor Pardo Tovar que debe presentarse a recibir la notificación de la anterior resolución dentro de los diez días siguientes, oficio al que se le pone la dirección del apoderado registrada en el poder, carrera 9a. número 16—51, oficina 801, de Bogotá;

h) La administración postal nacional devuelve el oficio con informe de que el destinatario no reside en la dirección anotada (folio 47 bis);

i) Sin hacer ninguna otra diligencia la Dirección notifica por edicto la Resolución que se fija el 25 de agosto de 1967 y se desfija el 31 de agosto del mismo año;

j) El 29 de enero de 1968 un nuevo apoderado de la compañía pide a la Dirección que se restituya el término para interponer el recurso de reposición contra la Resolución número 1495 en atención a que el oficio de citación no llegó a su destinatario por culpa del empleado del correo, ya que en el local anotado en la cubierta funcionaba el despacho del apoderado de Helicol. En subsidio pide que se declare la nulidad de la notificación por no cumplir exigencias del artículo 309 del C.J. Y que en cualquiera de los dos casos se considere interpuesto en la fecha recurso de reposición de conformidad con el artículo 12 del Decreto 2733 de 1959 (folios 38 y siguientes);

k) Por resolución número R 2790 H de 2 de diciembre de 1970, la Dirección no accedió a decretar ninguna de las anteriores peticiones.

La Sala considera:

El legislador tiene prescrito que ningún acto que ponga fin a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional, departamental o municipal, producirá efecto legal alguno mientras no se notifique personalmente al interesado o a su representante y siempre que en el texto de la notificación se indique qué recursos proceden contra la providencia de que se trata.

Solamente cuando ha sido imposible hacer la notificación personal y de ello hay prueba puede acudirse al medio de la notificación por edicto (Decreto–ley número 2733 de 1959).

Es ésta una garantía que tienen los administrados que les permite conocer las obligaciones que las autoridades pretenden hacerles efectivas o las determinaciones tomadas respecto de sus peticiones para que informados deduzcan si el acto ha sido realizado por la autoridad competente, de acuerdo con las formalidades legales, por los motivos que fijen las leyes, con el contenido que éstas señalen y persiguiendo el fin que las mismas indiquen. Y como consecuencia si alguno de estos presupuestos falta propongan los medios de defensa que crean tener a su favor ante la rama ejecutiva solicitando reposición ante el mismo funcionario que pronunció la providencia para que se aclare, modifique o revoque o interponiendo apelación ante el inmediato superior con el mismo objeto. Y luego agotada la vía gubernativa, si ésta le es desfavorable, acudiendo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante la correspondiente acción y con el lleno de los requisitos fijados por la ley.

En tratándose de impuestos esa garantía adquiere especial relieve para que la persona a quien se exige el tributo pueda interponer en tiempo oportuno los recursos indicados, bien sea para demostrar que no tiene obligación de pagarlo o para que se haga nueva liquidación que sustituya la realizada por el funcionario cuando estime que es errónea o indebida.

Los miembros de la comisión de reforma administrativa creada en desarrollo de las facultades conferidas al gobierno por la ley 19 de 1958 y redactores del proyecto de decreto que luego vino a ser el número 2733 de 1959 explican la razón de las modificaciones introducidas al código de la materia en el capítulo que reglamenta el procedimiento gubernativo diciendo que éste debe ser de tal naturaleza que lejos de retardar acelere el proceso a que conduce a poner bajo la jurisdicción de los tribunales la conducta oficial como una auténtica garantía de respeto a las libertades y derechos humanos, por lo que en el estatuto citado se dispone que la notificación de una providencia debe hacerse personalmente y si ello no fuere posible solo entonces se puede echar mano de la notificación ficta.

"Este procedimiento –dicen– es suficiente para poner en conocimiento de quien ha venido actuando ante la administración las determinaciones de ésta, desde luego que hay que suponer un relativo interés por parte de esa persona en conocer el resultado oficial de su gestión". Y aclaran que en beneficio de la rápida prestación de los servicios públicos y del reconocimiento de los derechos de los gobernados no es indispensable el uso del recurso de reposición para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, como así lo había dicho el Consejo de Estado en fallo de 12 de marzo de 1946.

En ejercicio de las mismas facultades, el gobierno expidió el Decreto–ley 1715 de 18 de julio de 1960, orgánico de la División de Impuestos Nacionales, en el que prescribió los recursos que procedían por la vía gubernativa en materia de impuestos nacionales y específicamente en relación con los impuestos sobre la renta y complementarios los fijó en los artículos 59 a 84. Pero un año más tarde, el 18 de julio de 1961, fue expedido el Decreto–ley 1651 que estableció nuevo procedimiento en materia de reclamaciones y recursos respecto del impuesto sobre la renta para darle aplicación a las normas de la ley 81 de 1960 que introdujo fundamentales modificaciones sobre esa materia. Por tal razón los ordenamientos del Decreto 1715 contenidos en los artículos 59 a 84 quedaron insubsistentes (ley 153 de 1887, artículo 3o.).

En materia de recursos contra las providencias que dicten las autoridades de impuestos, el Decreto 1951 mantiene los establecidos por el Decreto 2733 de 1959 y prescribe iguales formalidades para la notificación, pero amplía a diez días el término para interponerlos. Y agrega: "Para este efecto se citará a quien deba notificarse, mediante oficio enviado a la dirección señalada para tal fin en el respectivo recurso" (artículo 49). Pasados los diez días sin que se obtenga la presentación personal, la notificación se hará por edicto que se debe fijar por cinco días en lugar público del respectivo despacho, dejando constancia de las fechas de fijación (artículo 50). Para hacer la notificación se podrá comisionar a los funcionarios de la vecindad del interesado (artículo 51). Diez días después de la notificación personal o por edicto si no existen recursos o el interesado no los interpuso, la providencia queda ejecutoriada y agotada la vía gubernativa (artículos 52 y 53).

De conformidad con los hechos atrás relatados y que conforman el proceso gubernativo se tiene que la División de Impuestos Nacionales resolvió, al cabo de un año, en forma negativa la petición de exención de impuestos sobre la renta correspondiente a 1963 hecha por Helicol, por medio de la Resolución número R 1495 H de 21 de junio de 1967 y que la comunicación dirigida al apoderado de la compañía para que se presentara a recibir la correspondiente notificación no llegó a su destinatario, pues aun cuando la dirección anotada era la suministrada por el mismo y está probado que allí tenía su despacho, el servicio de correos la devolvió a la División con el informe de que no residía en tal dirección y las autoridades fiscales procedieron a notificarla por edicto.

No quedó así legalmente hecha la notificación de la Resolución en referencia, porque ante el informe del correo urbano de que el interesado no residía en la dirección anotada, los funcionarios de la División de Impuestos Nacionales tenían la obligación de adelantar otras gestiones para comunicarle al apoderado de la compañía o a su gerente de la expedición de la Resolución

para que se presentaran a recibir la notificación, ya que lo que el legislador tiene prescrito es que en tales casos se haga personalmente al interesado para darle oportunidad de interponer en tiempo los recursos ante la vía gubernativa o si no existen o están cumplidos para que pueda acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La expresión de la ley *"si no se pudiere hacer la notificación personal"* (Decreto 2733 de 1959, artículo 11) les impone a las autoridades la obligación de hacer gestiones tendientes a comunicarle al interesado la expedición de la providencia para que se presente a recibir la notificación personal de la misma, entre las cuales está en primer lugar la de enviarle la carta de citación con empleado de la oficina con el encargo de entregarla en la dirección registrada y obtener recibo de la entrega del despacho. Y si no reside en la ciudad comisionando a los funcionarios de la vecindad del interesado para que lo hagan en igual forma. Solo entonces, si el interesado no se presenta en el plazo señalado, puede acudirse al procedimiento de la notificación por edicto.

Por no haber procedido la División en la forma indicada por la ley, la notificación por edicto de la Resolución número 1495 de 1967 *se tiene por no hecha* y no pudo producir efecto alguno, como lo preceptúa en forma clara y terminante la norma del artículo 12 del Decreto 2733 de 1959.

En tales condiciones, la notificación solo se produjo por la manifestación de conocimiento que hizo el apoderado de Helicol el 29 de enero de 1968 al presentar la solicitud de restitución de términos e interponer recurso de reposición, lo que quiere decir que este recurso fue interpuesto en tiempo hábil y el cual solo fue resuelto tres años después por la División, el 2 de diciembre de 1970 por la Resolución número 2790.

El hecho de que la División no hubiese accedido a restituir los términos o a declarar la nulidad de la notificación por edicto ni tampoco hubiese tenido en cuenta el recurso de reposición, en manera alguna es razón válida para dejar de considerar las dos Resoluciones atacadas como una sola actuación administrativa, puesto que ya está dicho que el recurso de reposición se considera interpuesto oportunamente, ya que la primera Resolución no se tuvo por notificada en legal forma hasta el día en que la empresa expresamente manifestó su conocimiento. Se impone, por tanto, entrar a conocer y resolver el fondo de la cuestión controvertida.

El motivo que tuvo la División para no acceder a la exención del impuesto sobre la renta pedida por Helicol fue la de que la inversión no se hizo dentro de los seis meses siguientes a la notificación de la liquidación del impuesto, ya que el espíritu de la ley al crear el incentivo tributario fue el de que las

empresas nacionales de transporte aéreo inviertieran en equipos de vuelo una cantidad igual al valor del impuesto, además de las inversiones normales (Resolución número 1495 de 1967).

Se considera:

El artículo 117 de la ley 81 de 1960 dispuso:

> "Las empresas colombianas de transporte aéreo estarán exentas del impuesto sobre la renta y complementarios por el término de diez años, cuando el monto de dichos impuestos sea destinado a la renovación, adición o mantenimiento de sus propios equipos de vuelo, o a efectuar aportes anuales, hasta de un cincuenta por ciento del valor de la exención, en empresas latinoamericanas de transporte aéreo internacional.
>
> **"Parágrafo.** Para los fines pertinentes, los transportadores aéreos comerciales colombianos deberán presentar normalmente sus declaraciones de renta y patrimonio dentro de los términos previstos por la ley, pero no tendrán que efectuar ningún pago o anticipo a cuenta de dicho impuesto.
>
> "Las Administraciones de Hacienda Nacional harán las liquidaciones respectivas y las notificarán a los interesados, quienes, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la notificación, deberán comprobar ante la División de Impuestos Nacionales que han invertido una suma equivalente a la cuantía del impuesto liquidado, en la renovación o adición de sus equipos de vuelo, o en su defecto, que han invertido una suma igual en cédulas del Banco Central Hipotecario, en forma temporal, y mientras se da a dicha suma la destinación a que se refiere el presente artículo. En caso de que a las cantidades correspondientes, en forma total o parcial, se les dé aplicación diferente a la destinación aquí prevista, se considerarán como impuestos causados a favor del Tesoro Nacional, en la cuantía en que así se utilicen y en la fecha correspondiente al cambio de destinación".

A su turno, la ley 37 de 1966, en su artículo 7o. precetúa:

> "En las condiciones y términos señalados en el artículos 117 y siguientes de la ley 81 de 1960, prorrógase por el término de diez (10) años, a partir del año gravable de 1970, la exención de impuestos establecida para las empresas colombianas de transporte aéreo.
>
> "Aclárase el inciso 2o. del parágrafo del artículo 117 de la ley 81 de 1960, en el sentido de que la inversión del valor correspondiente a los impuestos liquidados deberá realizarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la notificación de la liquidación oficial. Dentro del mismo plazo deberá hacerse la comprobación correspondiente".

Ciertamente no era clara la primera norma respecto de la época en que las compañías aéras debían efectuar la inversión en nuevos equipos de vuelo o

en su mantenimiento para tener derecho a la exención del impuesto sobre la renta y por lo mismo era dudoso si lo gastado durante el año fiscal en que se producía el gravamen satisfacía la exigencia legal. Por tal razón, el legislador de 1969 interpretó de manera auténtica la norma de 1960 declarando que para tener derecho a la exención la respectiva compañía debe hacer la inversión del valor correspondiente al impuesto dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la notificación de la liquidación oficial del mismo y dentro del mismo plazo hacer la comprobación.

En el caso de la empresa Helicol se tiene que ésta pidió la exención del impuesto por el año de 1963 dentro de los seis meses siguientes a la liquidación oficial pero solo acompañó la prueba de la inversión en equipos de vuelo y mantenimiento durante el año en que se produjo el gravamen y fue por esta razón que la División no accedió a decretarla pues estimó que la inversión ha debido hacerse en el primer semestre de 1966, ya que la notificación de la liquidación se hizo el 23 de diciembre de 1965.

Pero al interponer el recurso de reposición contra la Resolución que negó la exención la compañía mejoró la prueba y acreditó plenamente que también en el primer semestre de 1966 hizo las siguientes inversiones:

a) En Helicópeteros	$ 1.454.284.83
b) En motores	$ 644.685.24
c) En rotores	$ 495.441.36
d) En otros equipos de vuelo	$ 2.421.78
Total	**$ 2.596.833.21**

En consecuencia, puesto que el impuesto sobre la renta liquidado a Helicol ascendió a la cantidad de $374.484.00 y la compañía ha acreditado que invirtió en equipos de vuelo en el primer semestre de 1966 una cantidad muy superior, se hizo acreedora a que se le reconozca la exención de tal impuesto de conformidad con la ley 81 de 1960 y la aclaratoria número 37 de 1969.

No sobra poner de presente que las empresas de aviación no son negocios lucrativos dados los elevados precios de los equipos de vuelo y los altos costos de operación y mantenimiento. Pero puesto que se han convertido en necesidad imperiosa para el transporte de pasajeros y carga dado el desarrollo actual de la humanidad, las naciones no pueden prescindir de tenerlas y por tal razón en la mayoría de ellas son empresas oficiales y si están en manos de particulares gozan de subsidios oficiales de distinta índole para que puedan subsistir y prestar servicio eficiente. Seguramente esa fue la razón para que el legislador colombiano estableciera la exención del impuesto sobre la renta

para tales empresas y por lo mismo las normas que la reglamentan deben interpretarse en tal forma que no anule la exención.

La sociedad actora ha comprobado que pagó el impuesto sobre la renta correspondiente a 1963 (folios 26 a 33 del cuaderno principal).

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, oído el concepto de su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Se declaran nulas las Resoluciones números R 1495 H de 21 de junio de 1967 y R 2790 H de 2 de diciembre de 1970 de la División de Impuestos Nacionales la primera y de la Dirección de Impuestos Nacionales la segunda;

2. Se declara que Helicópteros Nacionales de Colombia S.A. (Helicol) está exenta de pagar el impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente a 1963, liquidado por aviso número 3489 de 23 de diciembre de 1965 de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá;

3. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá reembolsará a Helicópteros Nacionales de Colombia S.A. (Helicol) la cantidad de trescientos setenta y cuatro mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos ($374.484.00) que pagó por impuesto sobre la renta correspondiente a 1963. Por el tiempo que transcurra después de vencido el plazo, la Administración pagará intereses al 8o/o anual sobre tal cantidad (artículo 121 del Código contencioso administrativo y ley 81 de 1931).

Envíese copia de este fallo a la Dirección de Impuestos Nacionales.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase. Archívese el expediente.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de hoy.

Juan Hernández Sáenz —, *Hernando Gómez Mejía* — *Miguel Lleras Pizarro* — *Gustavo Salazar T.*

Hernando Franco Rojas
Secretario.

CAPITULO CUARTO:

Contratos Interadministrativos

CONTRATO ENTRE EL FONDO VIAL NACIONAL Y EL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION. Competencia de las jurisdicciones contencioso administrativa y ordinaria para conocer de los litigios sobre éllos. Criterios para distinguir los contratos administrativos de los civiles o comerciales de la administración.

CONTRATOS O CONVENCIONES ADMINISTRATIVOS. Contra los contratos o convenciones administrativos, como contra los civiles o privados, proceden las acciones de nulidad relativas y absolutas, éstas por objeto y causa ilícitos, como violación o transgresión de norma objetiva de derecho, que solo pueden alegarse por el que tenga interés en ello, o incoarse "por el Ministerio Público en interés de la moral y de la ley" y aún declararse oficiosamente por el Juez que conoce del litigio (Art. 2o. de la Ley 50 de 1936).

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., abril seis de mil novecientos setenta y dos.

Ref: Expediente No. 1714

El señor Alfredo Soto Pinedo, en ejercicio de la acción del Art. 66 del C.C.A., pide que, con audiencia de los señores Agente del Ministerio Público y Personero Municipal de Bogotá, se declare la nulidad de la cláusula 5a. del contrato No. 20 del 9 de febrero de 1969 celebrado entre el Fondo Vial Nacional y el Distrito Especial de Bogotá, por violación del Art. 113, parágrafo 2o., del C.C.A., de los Decretos Nos. 598 de 1956, 023 de 1958 y 1604, Art. 6o., de 1966 y de los Arts. 237 del C. de R.P.M., 135 y 207 de la Constitución.

La demanda reúne los requisitos formales y se le acompañó copia auténtica del contrato cuya cláusula 5a. se pide anular (Art. 84 y 86, Inc. 1o., del C.C.A.).

Por la cláusula 5a. del Contrato el Fondo Vial Nacional "autoriza al Distrito para que, siguiendo las normas que sobre el particular tiene establecidas el Distrito Especial de Bogotá, cobre la contribución de valorización causada no solamente por la obra materia de este contrato, sino también por la obra de las calzadas laterales ejecutadas con anterioridad y la construcción del Puente de la Avenida 68 sobre la Autopista a El Dorado que adelanta el Fondo Vial", con la finalidad y requisitos también indicados en ella. Por tanto, en rigor, se trata de convención inter–administrativa, para el ejercicio de actividad administrativa, celebrada entre el Fondo Vial Nacional y el Distrito Especial de Bogotá; pero la ley no faculta al actor para promover contra ella

la acción de nulidad, sino sólo al Agente del Ministerior Público, por lo que la demanda no es admisible, conforme a los siguientes motivos:

a) Contrariamente a lo que prescribía el Ord. 1o. del Art. 73 del C.C.A., que excluía del conocimiento de la Jurisdicción contencioso–administrativa los litigios sobre contratos o actos "que tengan origen en un contrato", el Decreto–ley No. 528 de 1964 le adscribió, entre otros, el de "las controversias relativas a contratos administrativos" de la Nación, los Departamentos, Intendencias, Comisarías, Municipios y Establecimientos públicos (Arts. 30, Ord. 1o., letra a); 32, Ord. 1o., letras a) y b), y Ord. 2o., letras c) y d), mientras que a los jueces del circuito compete conocer en primera instancia, según el Art. 16, número 1, del C. de P.C., entre otras; de las acciones en que sean parte las mencionadas entidades, las empresas comerciales e industriales y las sociedades de economía mixta que no correspondan a la jurisdicción contencioso–administrativa.

b) Por tanto, los litigios sobre contratos de la Administración corresponden a la jurisdicción contencioso–administrativa si son administrativos y a la ordinaria si civiles o comerciales. Para distinguirlos existen los criterios legal y doctrinal, éste en defecto de aquél; así, los contratos de construcción de obra, prestación de un servicio y explotación de un bien del Estado, en los cuales se deben estipular necesariamente las cláusulas de caducidad prescritas por el Art. 254 del C.C.A., son administrativos por determinación de la ley; y por vía de doctrina los que consagran cláusula o cláusulas exhorbitantes del derecho privado o que tienen por objeto "la ejecución misma del servicio" (J. Rivero, Droit Administratif, Pag. 181; A. De Laubadere, Droit Administratif Spécial, Pags. 37 a 39; E. Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Pags. 538 y 590), como sucede con los contratos o convenciones inter–administrativas que tienen por finalidad, como en el acuerdo o convención de que se trata, la ejecución misma del servicio.

c) Pero, no obstante lo expuesto, la acción pública de nulidad, en cuanto reconocida por el Art. 66 a "toda persona", no es procedente respecto de los contratos o convenciones administrativos:

1. Según el Art. 66 del C.C.A., la acción de nulidad procede contra los actos unilaterales de la Administración indicados por los Arts. 62 a 65 ibídem y que menciona expresamente, no contra los contratos, excluídos en el régimen del Código del conocimiento de la jurisdicción contencioso–administrativa, como también los actos que se funden en ellos (Art. 73, Ord. 1o., ibídem), no obstante que el proyecto original los comprendía.

2. El Decreto–ley No. 528 de 1964, que no regula íntegramente la materia como declara su Art. 70, derogó el Ord. 1o. del Art. 73 del C.C.A., pero no modificó el régimen expuesto del Código que excluyó de la acción pública de nulidad los contratos administrativos; por el contrario, al adscribir a la jurisdicción contencioso–administrativa el conocimiento de los litigios relativos a los mismos, alude a "controversias" y señala la competencia del Consejo y de los Tribunales Administrativos con fundamento en la índole de la entidad y en la cuantía (Arts. 30, Ord. 1o., letra a); 32, Ord. 1o., letras a) y b) y Ord. 2o., letras c) y d), criterios legales de los cuales se deduce que, para promover las correspondientes acciones, se requieran no solo el interés general y abstracto de que prevalezca la legalidad, sino uno concreto derivado de la situación específica de que es fuente el contrato o la convención, determinante de la legitimación procesal. Sólo se exceptúa de este régimen el Agente del Ministerio Público, quien puede promover acción de nulidad de un contrato o convención, privados o administrativos, según el Art. 2o. de la ley 50 de 1936, por objeto o causa ilícitos y en interés de la moral y de la ley.

3. En consecuencia, contra los contratos o convenciones administrativos, como contra los civiles o privados, proceden las acciones de nulidad relativas y absolutas; éstas por objeto y causa ilícitos, como la violación o transgresión de norma objetiva de derecho, que pueden *alegarse por todo el que tenga interés en ello"* (se subraya), o incoarse "por el Ministerio Público en interés de la moral y de la ley" y aún declararse oficiosamente por el Juez que conoce del litigio (Art. 2o. de la ley 50 de 1936). En otros términos, sólo quien tenga interés jurídico concreto puede promover la acción de nulidad de un contrato o convención administrativos con el objeto de hacer valer su pretensión, sin perjuicio de que el juzgador que conoce del litigio pueda declarar oficiosamente su nulidad por objeto y causa ilícitos o de que el Ministerio Público pida pronunciarla por los mismos motivos, por tener exclusivamente, según el Art. 2o. de la ley 50 de 1936, el poder de obrar en interés público, en guarda de la moral y de la ley.

4. En fin, el derecho francés también excluye la acción de nulidad de los contratos administrativos, que sólo son susceptibles de la de plena jurisdicción, sin perjuicio de que aquélla proceda, como también sucede en el régimen colombiano, contra los actos separables de los mismos (A. De Laubadera, Traité Elémentaire de Droit Administratif, Tomo I, Pag. 481; J.M. Auby y Drago, Traité de Contentieux Administratif, Tomo II, Pags. 455 y 456).

d) En el caso sub judice, promueve la acción de nulidad contra el acto de que se trata el señor Alfredo Soto Pinedo, quien no está legitimado, según lo expuesto, para obrar procesalmente y como este requisito constituye, uno de

los presupuestos procesales para que pueda establecerse válidamente la relación jurídico–procesal, no procede admitir la demanda.

Por lo expuesto, se niega la admisión de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Humberto Mora Osejo.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

TITULO II

Orden Departamental

CAPITULO PRIMERO:

Ordenanzas Departamentales

ASAMBLEA DE ANTIOQUIA

ADMINISTRACION NACIONAL, DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL, SEGUN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1968. *Distribución de competencias entre el Congreso y el Ejecutivo Nacional, las Asambleas y los Gobernadores, los Concejos y los Alcaldes en materias económicas, fiscales y administrativas. Organización y estructuración de la Administración. Determinación y modificación de las estructuras; creación, modificación y extinción de los Establecimientos Públicos.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo –, Sección Primera – Bogotá, D.E., marzo seis de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez

Sesión del día tres de marzo de mil novecientos setenta y dos.

Referencia: 1505
Actor: Diego Calle Restrepo. Gobernador de Antioquia.
Actos departamentales.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora de la demanda contra la sentencia de 22 de julio de 1971 del Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se anula la ordenanza No. 2 de 10 de nov. de 1970 de la Asamblea de Antioquia.

La demanda.

El doctor Diego Calle Restrepo, obrando en su propio nombre y en su calidad de Gobernador de Antioquia, en ejercicio de la acción pública de nulidad del artículo 66 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia que hiciera las siguientes declaraciones:

1. Que es íntegramente nula la ordenanza No. 2 de 10 de noviembre de 1970 de la Asamblea de Antioquia;

2. Que la sentencia que ponga fin a este juicio se comunique en la forma prevista en los artículos 120, 121 y 132 del C.C.A.

Con base en los hechos que se relatan a folios 2, 3, 4 y 5 de la demanda, afirma el demandante que el acto acusado viola las siguientes disposiciones legales de superior jerarquía:

a) El artículo 163 de la ordenanza No. 11 de 1890 e indirectamente el artículo 97, numeral 34, de la ley 4a. de 1913 en concordancia con el artículo 108 de la misma;

b) Los artículos 4o. y 5o. de la ley 111 de 1913;

c) Los numerales 5o. y 6o. del artículo 187 Constitución Nacional;

d) Los numerales 2o. y 9o. del artículo 194 de la Constitución Nacional y artículos 1, 2 y 3 del decreto 604 de 1933.

El demandante divide su argumentación en cuestiones formales de la ordenanza y cuestiones de fondo.

Cuestiones formales de la ordenanza.

Afirma el demandante que la ordenanza no. 2 de 1970, en su trámite de aprobación, sufrió serias irregularidades. (1) La primera de ellas consistente en que, una vez aprobada en primer debate, no tuvo informe de comisión para el segundo, como lo exige el artículo 163 del reglamento de la Asamblea (ordenanza no. 11 de 1890).

Este texto ordenansal, según el actor, es de obligatorio cumplimiento por parte de la Asamblea, pues, conforme a los artículos 97, no. 34 y 108 del C.R.P.M., los detalles de procedimiento en las Asambleas serán señalados por su reglamento.

2. Además, la ordenanza acusada viola, según el actor, los artículos 4 y 5 de la ley 111 de 1913, por cuanto ella fué sancionada por el presidente de la Asamblea sin haberle dado oportunidad al Gobernador para que lo hiciera, una vez declaradas infundadas sus objeciones.

Cuestiones de fondo de la ordenanza.

Afirma el actor:

1. Que la ordenanza acusada viola el artículo 187 numeral 5o. C.N. En efecto, si la asamblea requiere la iniciativa del gobernador para determinar la estructura de la administración departamental, con mayor razón la necesita para modificarla. Por tanto, sin el cumplimiento de este requisito, la asamblea se ocupa de cuestiones para las cuales no tiene competencia.

En el caso sub–judice, la ordenanza acusada modifica la estructura específica de las unidades administrativas departamentales, reemplazándolas por juntas integradas por el gobernador y cinco miembros elegidos por la asamblea, suprimiendo de esta suerte al secretario de gobierno departamental para agregar, en su lugar, un miembro elegido por la asamblea.

De aquí se concluye que, al hacer esta modificación sin la iniciativa del gobernador, la asamblea violó el artículo 187 número 5 C.N.

2. Afirma también el actor que la ordenanza acusada viola el artículo 187, numeral 6 C.N.

En efecto, la ordenanza acusada vulnera esta norma, porque, sin la iniciativa del gobernador, modifica la estructura de los establecimientos públicos existentes en el departamento de Antioquia (idea, Empresas Departamentales y Beneficencia de Antioquia, organizadas respectivamente por las ordenanzas números 13 de 1964, 14 de 1967 y 22 de 1969, que obran en el expediente).

3. Se alega además la violación del artículo 194 numerales 2 y 9 C.N., que atribuyen al gobernador la dirección de la acción administrativa en el departamento, el nombramiento y separación de sus agentes y la creación, supresión y fusión de los empleos que demanden los servicios departamentales.

Si esto es así, razona el actor, no es posible que el artículo 4o. de la ordenanza acusada ordene que las juntas "quedarán con las facultades de crear cargos y fijar sus asignaciones". Si los cargos departamentales sin excepción, continúa razonando el actor, deben ser creados por el gobernador con sujeción a la estructura administrativa determinada por la Asamblea, no se ve cómo pueda ésta disponer que las juntas queden con facultad de crear cargos y de fijar asignaciones, sin violar el artículo 194 en los numerales antes citados.

4. Además, la ordenanza acusada, según el actor, tiende a arrebatarle al gobernador numerosas prerrogativas constitucionales o legales, violando asi los artículos 1, 2 y 3 del decreto 604 de 1933, el cual recalca que corresponde a los gobernadores dirigir la acción administrativa del departamento y nombrar y remover libremente a sus agentes.

La impugnación.

Por su parte, el impugnador de la demanda afirma, a folio 72 y siguientes que, si bien la iniciativa de la ordenanza acusada no partió del gobernador, en nada se han violado los artículos 187 y 194 C.N., en los respectivos ordinales, por cuanto, mientras no se haya expedido la ordenanza orgánica o normativa que fije la estructura de la administración departamental de antioquia, la asamblea continúa con sus antiguas facultades.

Por otra parte, el impugnador afirma que la ordenanza acusada no es de aquellas que determinan la estructura de la administración departamental, ya

que no se refiere a la organización de ésta como una unidad, sino que se limita a modificar la composición de las juntas departamentales. A folio 74, se expresa así: "la estructura debe tomarse como una unidad, como la ordenación de las distintas dependencias y secciones, como un cuadro, y precisamente por ello se le denomina ordenanza cuadro u organigrama completo de todo el andamiaje administrativo, que es una administración departamental. Pero la ordenanza que fija la estructura de la administración en el departamento de antioquia no se ha dictado".

De todo lo cual concluye el impugnador que la asamblea de Antioquia no violó los artículos constitucionales mencionados, al hacer, sin la iniciativa del gobernador, las modificaciones que hizo en la composición de las juntas departamentales.

La sentencia.

El Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia de 22 de julio de 1971 accedió a las peticiones de la demanda, declarando nula la ordenanza acusada, por los siguientes motivos:

1. En cuanto a la violación del artículo 163 del Reglamento de la Asamblea, consistente en que no habría habido informe de comisión para segundo debate, el Tribunal observa que, en el cuaderno de pruebas del mismo demandante, se establece con certeza que el proyecto si tuvo informe de comisión, por lo cual no son necesarias mas consideraciones.

2. En lo que se refiere a la presunta violación de los artículos 4o. y 5o. de la ley 111 de 1913, consistente en que el Presidente de la Asamblea, una vez declaradas infundadas las objeciones del gobernador, sancionó la ordenanza, sin haberle dado la oportunidad a este para hacerlo, el Tribunal considera que "en el caso concreto existieron circunstancias que indudablemente llevaron al Presidente de la Asamblea a sancionar el proyecto en cuestión, puesto que la Corporación conocía de antemano el pensamiento del ejecutivo, expresado por el Secretario de Gobierno cuando se discutían las objeciones al proyecto". Por consiguiente no prospera el cargo.

3. En cuanto a la violación de los artículos 187, numerales 5o. y 6o. y 194, numerales 2 y 9 C.N., al igual que el decreto 604 de 1933, el Tribunal considera que la ordenanza acusada sí los violó, por las siguientes razones;

a) Comienza por sentar la tesis de que por estructura de la administración debe entenderse no solamente todo el andamiaje administrativo, hecho mediante una ordenanza cuadro sino también la organización de cualquiera de las dependencias, secciones o juntas del departamento;

b) Sentado este principio, lógicamente se deduce que la asamblea no podía, sin la iniciativa del gobernador, variar la composición administrativa de ninguna de las dependencias departamentales. Y, como precisamente fue esto lo que ocurrió con la ordenanza acusada, que modifica sustancialmente todas las juntas departamentales, en detrimento de las facultades constitucionales y legales del gobernador que queda sin funciones administrativas, por habérselas adrogado la asamblea, todo ello lleva a la conclusión de que la ordenanza viola los artículos constitucionales antes citados;

c) Con relación al artículo 4o. de la ordenanza acusada el Tribunal opina que la violación de normas superiores resulta mas ostensible. En efecto, según el artículo 194 C.N. corresponde al gobernador nombrar y separar sus agentes libremente. Ahora bien, el artículo 4o. de la ordenanza acusada dice que las juntas quedarán con la facultad de crear cargos y fijar asignaciones, violándose así el artículo 194 numeral 9 C.N.

Para decidir la Sala considera:

1. El acto acusado dice así: Ordenanza No. 2 de 1970 (noviembre), por la cual se modifica la ordenanza 29 de 1963.

Artículo 1o. A partir de la sanción de la presente ordenanza, las juntas departamentales a que se refiere el artículo 1o. de la ordenanza no. 29 de 1963, y las demás que corresponde nombrar a la Asamblea, se compondrán así: (a) por el Gobernador quien la presidirá y, en ausencia suya, por el secretario que él designe; (b) por cinco miembros elegidos por la Asamblea, con sus respectivos suplentes personales.

Artículo 2o. Cada una de las juntas a que se refiere la ordenanza 29 de 1963 y demás que corresponda elegir a la Asamblea se reunirán necesariamente por lo menos una vez a la semana. Si el presidente de ella no la reuniera en la forma dispuesta, lo hará el vicepresidente respectivo.

Artículo 3o. Las decisiones en el seno de cada una de las juntas se tomarán por la mayoría absoluta de los integrantes presentes en cada sesión.

Artículo 4o. Derógase el artículo 4o. de la ordenanza No. 25 de 1968, en consecuencia las juntas quedarán con las facultades de crear y fijar sus asignaciones tendientes al buen funcionamiento de la respectiva institución o entidad a que perteneciera de conformidad con la ley.

Artículo 5o. Deróganse las disposiciones contrarias.

Artículo 6o. Regirá desde su sanción.

Como el texto antes transcrito contiene varios reenvíos, conviene desde ahora, para mayor claridad, hacer las confrontaciones pertinentes.

Las juntas departamentales a que se refiere el artículo 1o. de la ordenanza 29 de 1963 son las siguientes: Empresas Departamentales; Rentas; Fomento Agrícola; Valorización; Desarrollo Campesino; Vivienda; Proveeduría; Provisiones y Publicaciones; Instituto Politécnico; Consejo Departamental de Educación; Consejo Departamental de Planeación y Catastro.

El artículo 2o. de la ordenanza 29 de 1963 dice que dichas juntas se compondrán así: (a) el Gobernador quien la presidirá y, en ausencia suya, el secretario que él designe; (b) un secretario del despacho nombrado por el Gobernador, de distinta filiación política y (c) cuatro miembros elegidos por la Asamblea, con sus suplentes personales, conservando la paridad política.

El artículo 4o. dice que cada junta se reunirá por derecho propio dos veces al mes y también por convocatoria de la Gobernación.

Las demas juntas que corresponde nombrar a la asamblea son:

a) La junta de Idea: Ordenanza no. 13 de 1964, cuyo artículo 3o. indica la junta, que está formada de una manera idéntica a la de las juntas departamentales.

b) **Empresas departamentales** de Antioquia; Ordenanza no. 22 de 1969 (diciembre 17) cuyo artículo 4o. designa una junta idéntica a las anteriores.

c) Servicio Seccional de Salud (Beneficencia de Antioquia) ordenanza no. 4 de 1967 (noviembre 28), cuyo artículo 3o. designa la siguiente junta; (a) Gobernador o Secretario de Salud Pública quienes la presidirán; (b) cuatro representantes nombrados por la Asamblea en forma paritaria; (c) un representante de la Asociación Nacional Hospitalaria, elegido por el Gobernador de Antioquia de una lista que le pasará dicha entidad; (d) un representante de la facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia; (e) el Gerente de la Beneficencia.

El artículo 4o. de la ordenanza 25 de 1968 derogado por el artículo 4o. de la ordenanza acusada dice así; "las juntas departamentales con facultades para crear cargos y fijar asignaciones, no podrán en adelante ejecutarlas sino con el *concepto previo favorable del Consejo Departamental de Planeación.*

En síntesis, las modificaciones introducidas por la ordenanza en la estructura de la Administración Departamental son las siguientes;

a) Las juntas departamentales de Antioquia estaban formadas por el Gobernador, un secretario del despacho y cuatro miembros elegidos por la Asamblea. La ordenanza acusada modifica esta composición, reemplazándola por la siguiente: El Gobernador y cinco miembros elegidos por la Asamblea. Excepción: Junta de la Beneficencia de Antioquia, que tenía una composición más complicada, y que queda reformada uniformemente a las demás.

b) Antes las juntas se reunían dos veces al mes y ahora se reunen por lo menos una vez a la semana, añadiendo que si el Gobernador no las reune, lo hará el vicepresidente respectivo (cargo nuevo).

c) Las decisiones se tomará por mayoría absoluta de los presentes en cada sesión (disposición nueva).

d) Se dice que las juntas quedan facultadas para crear cargos y fijar asignaciones sin el concepto previo y favorable del Consejo Departamental de planeación.

2. **Cuestiones formales de la ordenanza.**

Esta Sala está de acuerdo con el Tribunal a quo, cuando desechó el cargo consistente en la violación del artículo 163 del reglamento de la Asamblea por una presunta falta del informe de comisión para el segundo debate. En efecto, si en el cuaderno de pruebas del mismo demandante se ha establecido con certeza que el proyecto sí tuvo informe de comisión para el segundo debate, el cargo no podía y no puede prosperar.

También está de acuerdo esta Sala con el Tribunal a–quo en lo que se refiere a la presunta violación de los artículos 4o. y 5o. de la ley 111 de 1913. El cargo consiste en que, una vez declaradas infundadas las objeciones del gobernador, el presidente de la asamblea sancionó la ordenanza, sin haberle dado oportunidad a aquél para hacerlo.

A este respecto la Sala reitera la jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencia de 26 de junio de 1942, Anales, Tomo XLIX, números 317–322, página 57) en el sentido de que "para que el presidente de una Asamblea pueda sancionar una ordenanza, después de haber sido rechazadas las objeciones del Gobernador, no es necesario que previamente se demuestre la negativa de éste a sancionarla mediante actos positivos, como, por ejemplo, la manifestación expresa del Gobernador de no cumplir con ese deber, ni que transcurra término alguno".

Además, esta Sala cree que, si la ley ordena que, una vez declaradas infundadas las objeciones del gobernador, éste debe sancionar forzosamente la ordenanza, el hecho de que no se le de oportunidad de hacerlo puede constituír una irregularidad, pero de ninguna manera una nulidad, puesto que de todos modos el gobernador tenía que sancionar la ordenanza.

3. **Cuestiones de fondo de la ordenanza.**

Antes de entrar a estudiar las acusaciones de fondo contra la ordenanza no. 2 de 1970, conviene fijar ciertos criterios previos;

1. **Alcance de la reforma constitucional de 1968.**

En el punto que se estudia, la reforma parte de la idea básica de que, en materias económicas, fiscales y administrativas, el Congreso, las Asambleas y los Concejos deben limitarse a señalar las pautas generales, la orientación política, la estructura general de la administración, para que el ejecutivo nacional, los gobernadores y los Alcaldes tomen las medidas necesarias para organizar en detalle la administración nacional, departamental o municipal, o los establecimientos públicos de los mencionados órdenes.

Para lograr este propósito, la reforma del 68 distribuye las competencias entre el legislador y el ejecutivo, en el orden nacional, y entre gobernadores y asambleas, alcaldes y concejos, en los órdenes departamental y municipal, redistribución que esté mas acorde con la nueva concepción de esas funciones. Para llegar a esa redistribución más racional, la reforma, unas veces, traslada competencias de la rama legislativa a la ejecutiva y, otras veces, da la iniciativa legislativa al ejecutivo nacional, a los gobernadores o a los alcaldes para hacer más agil y unitaria la administración.

Para limitarnos al ámbito departamental, la reforma dispuso que: "corresponde a las asambleas determinar, a iniciativa del Gobernador, la estructura de la Administración Departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración. . . art. 187, No. 5 C.N.)". "Crear, a iniciativa del Gobernador, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales conforme a la ley (art. 187 No. 6 C.N.)". Y correlativamente dispuso que "son atribuciones del Gobernador dirigir la acción administrativa en el departamento, nombrando y separando sus agentes. . . " y crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales y señalar sus funciones y emolumentos, con sujeción al ordinal 5o. del artículo 187" (art. 194, Nos. 2 y 9 C.N.).

2. **¿Qué significa estructurar la administración?**

El Consejo de Estado en consulta de 13 de oct.. de 1970, Dr. Sáchica dijo: "Estructurar la administración es crear los elementos que la integran, determinar su disposición dentro del órgano de que son parte y regular sus mecanismos de relación, en orden al cumplimiento de la función para la cual existen. Tal facultad de estructurar comprende todos los aspectos orgánicos de la administración, separándolos de los de su funcionamiento, que son del resorte de ella misma".

Esta Sala piensa que la estructuración así entendida no tiene que ser total, que puede ser parcial. En cuanto a la interpretación de ciertas expresiones de la ley, esta Sala considera que la expresión "determinar las estructuras" debe comprender también la modificación o alteración de las mismas y que la expresión "crear establecimientos públicos. . . etc" comprende también la modificación y extinción de los existentes, pues nada se habría hecho exigiendo requisitos para la determinación de las estructuras o la creación de los establecimientos públicos, si esos requisitos no fueran ya necesarios para modificar o alterar en cualquier forma esencial las estructuras y los establecimientos públicos existentes. Coincide, por otra parte, esta interpretación con la que dió la Corte, en fallo de 1o. de octubre de 1969, ponente: Toro Agudelo: "Conforme a la atribución 4o. del art. 197 C.N. corresponde a los Concejos, a iniciativa del alcalde, crear esos establecimientos públicos y empresas; la facultad de crear comprende obviamente la de suprimir, modificar, fusionar o alterar en cualquier otra forma la existencia de dichas entidades. . . "

Ahora bien, surge el problema de saber si, para que exista una estructura en el sentido de la reforma de 1968, es necesaria una ley u ordenanza cuadro que la establezca, o si, por el contrario, debe entenderse por estructura la organización nacional o departamental tal como existía en el momento de entrar en vigencia la reforma constitucional de 1968.

Esta Sala cree que la interpretación correcta es la segunda.

En efecto, el acto legislativo No. 1 de 1968 entró a regir de una manera inmediata; en ninguna parte de él se dice que las reformas sobre redistribución de competencias estén supeditadas a la expedición por parte del Congreso o de las Asambleas de leyes u ordenanzas cuadro, las cuales, en concepto de esta Sala, son las que existían en el momento de entrar en vigencia la reforma y mientras no sean derogadas o reemplazadas con otras.

Dar una interpretación distinta, sería aplazar la vigencia del acto legislativo no. 1 de 1968 sine die, pues esas nuevas leyes u ordenanzas cuadro pueden

tardar mucho tiempo en dictarse; sería someter la Constitución, en este punto, al querer de las asambleas y concejos; sería tener un régimen constitucional distinto en cada departamento y aún en cada municipio, según se hubieran dictado o no las ordenanzas o los acuerdos normativos.

3. De acuerdo con el artículo 194 numerales 2 y 9 corresponde al Gobernador los nombramientos en los organismos departamentales. En cambio, los nombramientos en los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales departamentales corresponden a las respectivas juntas, según lo establezcan los estatutos de cada una de estas entidades.

Aplicando los anteriores principios al caso sub judice se tiene:

1. La ordenanza acusada viola el artículo 187 No.5 C.N., al modificar sustancialmente la composición de las juntas de la administración departamental, sin haber contado, como lo ordena dicho artículo, con la iniciativa del Gobernador.

2. La ordenanza acusada viola también el artículo 187 No.6, C.N. al modificar sustancialmente la composición de las juntas directivas de los establecimientos públicos departamentales, sin haber contado para ello con la inciativa del Gobernador.

3. La ordenanza acusada viola también el artículo 194 números 2 y 9 C.N. al adrogarse la facultad de crear cargos y fijar sus asignaciones, función que corresponde, según la Constitución, al Gobernador, en los servicios departamentales y a las juntas directivas, en los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del departamento, en cada una, según sus estatutos.

Por todo lo cual la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia habrá de confirmarse.

Y, en consecuencia, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, (Sección Primera), de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia de 22 de julio de 1971 del Tribunal Administrativo de Antioquia, que declara íntegramente nula la ordenanza No. 2 de 10 de

noviembre de 1970 de la Asamblea de Antioquia, "por la cual se modifica la ordenanza No. 29 de 1963"

Cópiese, notifíquese y devuélvase al H. Tribunal de origen.

Lucrecio Jaramillo Vélez — Alfonso Arango Henao — Jorge Dávila Hernández — Humberto Mora Osejo.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE CORDOBA

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. *Alcance de su facultad constitucional de organizar las Contralorías Departamentales. Facultad para crear los cargos de Auditor General y demás en estas dependencias y para reservarse el nombramiento de tales funcionarios, sin que ésto se oponga al nombramiento de Contralor.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., marzo catorce de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández.

Exp. No. 1441 Apelación Sentencia.

(Aprobada en sesión del día diez de marzo de mil novecientos setenta y dos).

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 19 de octubre de 1970.

Antecedentes. El Dr. Vinicio Bolaño Mercado, en su propio nombre y en ejercicio de la acción que establece el artículo 66 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Córdoba en orden a que se declare la nulidad del artículo décimo primero de la Ordenanza No. 19 de 1968 de la Asamblea Departamental de Córdoba, que reserva a la corporación el derecho de elegir el Auditor General de la Contraloría Departamental, cargo creado por la misma Ordenanza. El actor considera que el acto acusado es violatorio tanto del artículo 187, numeral 3o. de la Constitución vigente con anterioridad a la expedición del A.L. número 1 de 1968, como del artículo 187, numeral 8o. del nuevo ordenamiento Constitucional.

Reza la disposición en cita:

"Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas:

.....

8. Organizar la contraloría departamental y elegir contralor para un período de dos años ". .....

El demandante considera que la disposición acusada viola la norma transcrita por cuanto ésta solo autoriza a la Asamblea para nombrar Contralor

Departamental y por tanto, no puede reservarse el nombramiento de Auditor General de la Contraloría como lo determina la ordenanza.

Tramitado el juicio en legal forma, el Tribunal a–quo profirió la sentencia apelada no accediendo a las súplicas de la demanda, en la cual se limita a reproducir las razones que expresó en la providencia por medio de la cual negó la suspensión provisional del acto acusado, así como las que expresó el Consejo en el auto que confirmó tal proveido.

En su concepto y por similares razones, el señor Agente del Ministerio Público conceptúa que debe confirmarse el fallo materia del recurso de alzada.

Para resolver se considera:

Como lo dijo esta Sala en el auto de 7 de septiembre de 1970, la Constitución le atribuye a las Asambleas Departamentales la función de organizar la Contraloría del Departamento en forma amplia, dado que no le impone limitaciones al ejercicio de tal atribución como sí ocurre en tratándose de otras competencias cuando señala que deberán ejercerse "bajo las normas que establezca la ley", "llenando extrictamente los requisitos que establezca la ley", "conforme a las normas que determina la ley", etc., (Art. 187 C. Nacional) lo cual relieva la autonomía de que gozan las asambleas en esta materia.

En ejercicio de esta facultad, resulta conforme con la Carta la creación del cargo de Auditor General de la Contraloría Departamental hecha por la Asamblea de Córdoba, mediante la ordenanza número 19 de 1968, como quiera que la creación de cargos en tal dependencia es desarrollo de la atribución de organizarla que le asigna la Constitución.

En cuanto a la reserva que la Asamblea hizo en el artículo décimo primero de la misma Ordenanza para elegir Auditor, disposición a que se refiere la acusación de inconstitucionalidad hecha por el demandante, se tiene:

1. El artículo 187 de la Constitución, no significa que el único nombramiento que puedan hacer las Asambleas sea el de Contralor Departamental. Ya la ley 84 de 1915 por medio de la cual se reformó el C. de R.P. y M., estableció en su artículo 5o. lo siguiente:

> "Las asambleas de los departamentos pueden reservarse el nombramiento de los empleados departamentales creados por ordenanzas y que no tengan el carácter de agentes del gobernador, excepto los tesoreros generales del departamento, los recaudadores, gerentes o administradores generales de las rentas, que siempre serán nombrados por el gobernador del departamento".

2. Por otra parte, en relación con la facultad que establece el actual artículo 187 de la constitución que reprodujo lo que en esta materia señalaba el mismo artículo de la Carta anterior a la reforma de 1968 (artículo 83 del A.L. número 1 de 1945), la ley 47 de 1945, en su artículo 8o. estableció:

> "Los contralores y *auditores departamentales* no podrán nombrar para ningún cargo, en las oficinas bajo su dirección, *a los diputados que hubieren intervenido en su elección,* ni a los parientes de los mismos diputados dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. Es nulo todo nombramiento que se haga en contravención de esta disposición". (se subraya).

De acuerdo con el texto transcrito se tiene que el legislador sí tiene previsto el nombramiento de Auditores departamentales por las Asambleas, previsión acorde con la facultad de organizar la Contraloría y que no se opone al nombramiento de Contralor que el varias veces citado artículo 187 de la Carta radica en cabeza de las mismas asambleas.

Es claro que la Asamblea en ningún caso podrá reservarse la elección de funcionarios cuyo nombramiento está asignado a otras autoridades, como ocurre con los agentes del Gobernador (artículo 194, ordinal 2o., C. Nal.), los secretarios y subalternos de la Gobernación (artículo 127, ordinal 26, C. de R.P. y M.) y los propios funcionarios subalternos del contralor y de los auditores departamentales según términos del citado artículo 8o. de la ley 47 de 1945.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, Sección Primera, oído el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Lucrecio Jaramillo Vélez — Jorge Dávila Hernández — Alfonso Arango Henao — Humberto Mora Osejo.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

ASAMBLEA DE CUNDINAMARCA

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. *Lo resuelto en uno o en otro sentido no está sujeto a recurso alguno.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., mayo dos de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Alfonso Arango Henao.

Ref.: Expediente No. 1742.

El Instituto Santiago Gutiérrez con domicilio en Cáqueza, por medio de apoderado demandódel Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, juntamente con la nulidad, la suspensión provisional de la Ordenanza No. 1 de 26 de marzo de 1971. Posteriormente, el apoderado de la actora, extendió su demanda a la Ordenanza No. 42 de 1971, "por la cual se modifican las Ordenanzas 37 de 1961 y 82 de 1961, en sus artículos 2o. y 12 respectivamente", cuya suspensión provisional también demandó.

Sostiene la demanda que los actos materia de acusación están en pugna y por las razones que en extenso expone, con los artículos 57 y 30 de la Constitución Nacional, con el 24 del Decreto 2733 de 1959 y con el 10 de la Ley 47 de 1947.

El Tribunal a-quo en providencia de 6 de diciembre de 1971 se negó a decretar la suspensión provisional pedida, lo cual movió a la actora a interponer el recurso de apelación que se resolverá por medio del presente auto, toda vez que él fue concedido el dos de febrero último, según consta a folios 53 de este expediente.

En el memorial sustentatorio de la apelación el señor apoderado de la actora dice "que antes de entrar al auto apelado pido al Consejo decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto que negó el impedimento, septiembre 20 de 1971, declararar impedido al Tribunal pleno y ordenarse se cite y posesione a los conjueces que deben reemplazarlo" "Tal impedimento, continúa diciendo el apoderado de la actora, implica la recusación del Tribunal, y la ejecutoria del auto negativo no sanea la nulidad".

Subsidiariamente pide revocar la negativa de suspensión y demanda, en consecuencia, la declaratoria de suspensión provisional por parte del Consejo.

Tramitada la nulidad se procede a decidir, para lo cual se considera:

La recusación que formula el representante de la parte actora, no es de recibo porque ella pugna con los procedimientos fijados en los artículos 102 a 108 del C.C.A., los cuales obligan tanto a las partes como al juez, porque son normas de orden público.

En cuanto a la causal alegada como fundamento de la nulidad pedida, se tiene que ella es apenas una consecuencia de lo que deduce el proponente en la misma cuando estima que existe una causal de impedimento que lo mueve a una recusación que, ya se dijo, no es de recibo de esta Corporación. Por otra parte, es bueno recordar el artículo 103 del C.C.A., cuando al hablar de los impedimentos y de las recusaciones, dice que lo resuelto en uno o en otro sentido, *no esta sujeto a recurso alguno,* lo que vale decir que queda en firme como ley del proceso y que por lo mismo no puede sustentarse sobre ella una posible nulidad de la actuación, conforme al artículo 113 del C.C.A.

Por lo tanto, no es del caso decretar la nulidad pedida.

Sobre el recurso que está pendiente de fallar, se tiene que la cuestión planteada por la demandante tiene como fundamento una serie de hechos que no se pueden analizar en esta oportunidad procesal, porque para que la suspensión provisional tenga prosperidad en acciones como la entablada que, según el decir de la demanda, es de plena jurisdicción, además del perjuicio que debe probarse aunque sea sumariamente, lo cual no está establecido en los autos, debe haber una transgresión manifiesta de una norma positiva de derecho del orden superior, transgresión que debe resultar de la mera comparación del acto impugnado con la norma que se indica como quebrantada. Y como este presupuesto no se logra a la simple vista, no es del caso proceder a la declaratoria de la suspensión provisional que se ha pedido. Si en tal forma obró el Tribunal, preciso será concluír que actuó conforme a derecho y que por tanto su determinación debe ser confirmada, como lo hace la Sala.

Se leyó, discutió y aprobó en la sesión del 28 de abril último, según consta en el acta respectiva.

Cópiese y notifíquese.

Lucrecio Jaramillo Vélez — Alfonso Arango Henao — Jorge Dávila Hernández — Humberto Mora Osejo.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL CAUCA

ORDENANZAS

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. *La facultad para declarar su caducidad pertenece al Gobernador, el cual puede declararla por medio de Resolución motivada y no a las Asambleas.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., mayo tres de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Lucrecio Jaramillo Vélez.

Referencia: 1659
Actor: Orencio Machado y otra.
Actos Departamentales.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por los señores Orencio Machado y otra, por medio de apoderado, contra la sentencia de 9 de septiembre de 1971 del Tribunal Administrativo del Cauca, en la cual se declara probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

Los hechos:

1. El departamento del Cauca había arrendado a los señores Orencio Machado y Yolanda Jiménez de Machado cónyuges entre sí, el Hotel de Verano de Silvia y el Hotel de Turismo de Coconuco, desde el año de 1966, arriendos que habían sido prorrogados en el año de 1968.

2. Inopinadamente la Asamblea del Cauca dictó la ordenanza No. 7 de 1970 (diciembre 16), la cual en sus artículo 13 y 14, declaró la caducidad administrativa de los contratos celebrados entre el departamento y los señores Orencio Machado y Yolanda Jiménez de Machado referentes a los Hoteles de Silvia y de Coconuco respectivamente.

3. En cumplimiento de esta ordenanza y con fecha 31 de diciembre de 1970, el Gobernador del Cauca envió unos telegramas urgentes a los señores alcaldes de Silvia y de Coconuco, en los cuales les ordena notificar dicha ordenanza a los señores Machado y exigirles la entrega de los respectivos hoteles con un riguroso inventario. Les anuncia que el día 11 de enero funcionarios de hacienda se trasladarán a esas ciudadades a fin de concluír la entrega antes mencionada.

4. En vista de esta situación los señores Orencio Machado y Yolanda Jiménez de Machado por medio de apoderado, y en acción de plena jurisdicción, pidieron al Tribunal Administrativo del Cauca que declarara nulos los artículos 13 y 14 de la ordenanza No. 7 de 16 de diciembre de

1970, de la Asamblea del Cauca; y que, como consecuencia de la anterior nulidad, declarara vigentes los contratos de arrendamiento celebrados entre el departamento del Cauca y los mencionados señores sobre los Hoteles de Silvia y Coconuco; y por último, que se condenara al departamento del Cauca a pagar a los demandantes todo perjuicio proveniente del incumplimiento del contrato por parte del departamento.

Los demandantes citan una serie de disposiciones violadas entre las cuales está el artículo 187 de la Constitución Nacional, que en ninguno de sus numerales autoriza a las asambleas de los departamentos para declarar la caducidad administrativa de contratos celebrados por el ejecutivo seccional. Se citan además varios artículos del decreto 351 de 1970 que contiene el Código Fiscal del Cauca.

La sentencia del Tribunal Administrativo del Cauca.

Aunque el Tribunal Administrativo del Cauca encuentra que hay "una ostensible contradicción entre los artículos demandados y las normas positivas de derecho invocadas por el actor, principalmente el artículo 187 C.N., el cual no otorga a las asambleas la facultad de declarar la caducidad de los contratos administrativos", sin embargo, el Tribunal dicta una sentencia inhibitoria por "ineptitud sustantiva de la demanda", considerando que se trata de un acto administrativo complejo compuesto de la ordenanza departamental y de los telegramas del Gobernador que la ejecutaron y que, como el actor no demandó los telegramas, quedó vigente el acto del Gobernador "por el cual se ordenó proceder a la entrega de los hoteles bajo riguroso inventario" (folio 61 in fine).

Concepto del fiscal.

Por el contrario, el señor fiscal del Consejo de Estado cree que los telegramas del Gobernador no constituyen un acto administrativo, "porque por sí solos no eran susceptibles de producir efectos" (Waline). Por consiguiente, no procede una sentencia inhibitoria, sino la anulación de los artículos acusados.

Para decidir la Sala considera:

1. El artículo 187 C.N. no menciona, entre las atribuciones de las asambleas, la de declarar la caducidad de los contratos administrativos. Esta facultad evidentemente pertenece al Gobernador del departamento, el cual puede declararla por medio de resolución motivada, si la caducidad se estipuló en el contrato (ver artículos 181 Constitución Nacional, 194 ibidem y 255 C.C.A.).

En el caso sub judice, la declaratoria de caducidad proviene de la Asamblea Departamental del Cauca, entidad que no tiene facultad legal para hacer esta

clase de declaraciones; tampoco hay ninguna resolución motivada. Por consiguiente, en este punto la pretensión del actor está llamada a prosperar.

2. En cuanto al problema de si los telegramas del Gobernador forman con la ordenanza un solo acto complejo y, por lo tanto, han debido demandarse, esta Sala piensa lo siguiente: Los telegramas no son más que actos jurídicos de ejecución de la ordenanza y no forman con ella un acto complejo. Si la ordenanza, que es el acto principal, se anula, virtualmente los actos de ejecución desaparecen, sin que sea necesario demandarlos especialmente. Por consiguiente, esta Sala piensa que en el caso sub judice no hay ineptitud sustantiva de la demanda.

3. En cuanto a otros perjuicios, además de que no se deducen del acto que se anula, no fueron establecidos dentro del juicio y, por lo tanto, su petición no habrá de prosperar.

Por todo lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera) de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Se revoca la sentencia de 9 de septiembre de 1971 del Tribunal Administrativo del Cauca en el negocio de la referencia 1659 y en su lugar se dispone:

1. Se anulan los artículos 13 y 14 de la ordenanza No. 7 de 16 de diciembre de 1970 de la Asamblea del Cauca;

2. En consecuencia, se declaran vigentes los contratos de arrendamiento de los Hoteles de Turismo de Silvia y Coconuco celebrados entre el departamento del Cauca, por una parte, y los señores Orencio Machado y Yolanda Jiménez de Machado, por otra parte. En consecuencia, estos últimos deben ser reintegrados en el uso y goce de los inmuebles tal como se estipula en los contratos;

3. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de oriegen.

Lucrecio Jaramillo Vélez — Alfonso Arango Henao — Jorge Dávila Hernández — Humberto Mora Osejo.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

CAPITULO SEGUNDO:

Actos de Otras Autoridades

Administrativas del Orden Departamental

GOBERNACION DE CUNDINAMARCA

PENSION DE JUBILACION. Armonización de la Ley 171 de 1961 Art. 4o. con la Ley 4a. de 1966 Art. 4o., respecto del porcentaje sobre el cual debe liquidarse una pensión y el tiempo a que se contrae la promediación de salarios. Reingreso al servicio de los pensionados para reajustar la cuantía reconocida.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D.E., abril veinticinco de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez.

Ref.: Juicio No. 70
Demandante: Jesús Alberto Galindo Sánchez. Actos Departamentales.

El señor *Jesús Alberto Galindo Sánchez,* por intermedio de apoderado, presentó ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca demanda de nulidad contra las Resoluciones 228 de febrero 28 de 1968 y el acto de fecha 10 de febrero de 1969, dictados por el Gerente del Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca y la Resolución número 20 de mayo 30 de 1969, firmada por el Gobernador del Departamento de Cundinamarca por medio de las cuales se resolvió la situación relativa a la revisión de la pensión de jubilación del actor; y que como consecuencia, se le restablezca en su derecho.

Cita como *hechos* básicos de su acción los siguientes:

"El Departamento de Cundinamarca concedió al señor Jesús Alberto Galindo Sánchez una pensión vitalicia de jubilación, a partir del 29 de noviembre de 1959, a razón de $884.77 mensuales, de conformidad con las disposiciones legales vigentes para esa fecha.

"A partir del 1o. de Enero de 1963, le fue aumentada la pensión a la suma de $1.004.77 mensuales, y para dar cumplimiento a la Ley 1a. de 1963.

"El señor Jesús Alberto Galindo Sánchez reingresó a prestar sus servicios a la Contraloría General de la República por espacio de 2 años, 9 meses, en forma contínua, comprendidos entre el 26 de abril de 1963 y el 31 de enero de 1966, lo cual comprobó ante el Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca, de conformidad con la parte motiva de la Resolución 228 de 1958.

"El señor Jesús Alberto Galindo Sánchez, sin solución de continuidad, pasó a prestar igualmente sus servicios al Departamento de Cundinamarca con el cargo de Asesor Técnico de la Contraloría de Cundinamarca, hasta el día 25 de julio de 1967, con una interrupción del 18 al 30 de noviembre de 1966.

"El señor Jesús Alberto Galindo Sánchez, durante el tiempo que sirvió tanto a la Contraloría General de la República como a la Contraloría del Departamento de Cundinamarca, no recibió las mesadas pensionales referidas en los puntos 1o. y 2o., tal como lo expresa la parte motiva de la Resolución 228 de 1968 acusada.

"El señor Jesús Alberto Galindo Sánchez, al quedar nuevamente fuera del servicio, solicitó la liquidación y pago, por revisión, de su pensión mensual vitalicia de jubilación, de conformidad con las nuevas sumas devengadas durante el lapso mencionado en los puntos 3o. y 4o. como trabajador activo del Estado, para lo cual presentó al Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca la documentación completa.

"El Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca, por medio de la Resolución número 228 de 28 de febrero de 1968 de su señor Gerente, interpretando las disposiciones de la Ley 171 de 1961 en su artículo 4o., de la Ley 4a. de 1966 y de su Decreto Reglamentario número 1743 del mismo año, artículo 6o., revisó el valor de la pensión de jubilación reconocida al señor Jesús Alberto Galindo Sánchez, con C.C. No. 7271 de Bogotá, fijándosela en la suma de $3.265.07 mensuales, a partir del 25 de julio de 1967, o sea desde la fecha en que quedó nuevamente fuera del servicio como trabajador del Estado.

"El señor Jesús Alberto Galindo Sánchez interpuso el recurso de reposición dentro del término legal contra la Resolución número 228 de 1968 que se ha citado, advirtiendo que se atenía a su parte favorable según la legislación laboral, recurso que fue resuelto negativamente, por Providencia del 10 de febrero de 1969 del señor Gerente del Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca.

"El señor Jesús Alberto Galindo Sánchez recurrió en apelación ante el señor Gobernador de Cundinamarca, quien por Resolución número 20 de 30 de mayo de 1969 dejó en firme la Resolución número 228 de 1968 tantas veces citada.

"El señor Jesús Alberto Galindo Sánchez ha venido recibiendo periódicamente, a partir del 26 de julio de 1967, las mesadas pensionales que le fijó la Resolución número 228 de 1968 por $3.265.07 mensuales".

Considera violatorios del artículo 4o. de la Ley 4a. de 1966 los actos demandados y dentro del Capítulo pertinente analiza dicha violación de la siguiente manera:

"En efecto, la Ley 171 de 1961, en su artículo 4o., establece que el *pensionado* que haya sido o sea *reincorporado a cargos oficiales* por tres (3) años o más, contínuos o discontínuos, se le revisará su pensión, a partir de la fecha en que quede nuevamente *fuera del servicio,* con base en el sueldo promedio de los *tres (3) últimos años de servicios.* Posteriormente el artículo 4o. de la Ley 4a. de 1966 dispone que, a partir de su vigencia, las *pensiones de jubilación* a que tengan derecho los *trabajadores* de una o más entidades de derecho público, se *liquidarán y pagarán* a razón del *setenta y cinco por ciento (75o/o) del promedio de lo devengado en el último año de servicios.*

"El Ministerio de Trabajo ha conceptuado repetidamente que el artículo 4o. de la Ley 4a. de 1966 modificó toda disposición anterior relativa a tiempo y sumas devengadas que deben promediarse al liquidar una pensión de jubilación, por primera vez o cuando se revisa, concepto del cual se apartó el Instituto de Seguridad Social al expedir su Resolución 228 de 1968.

"El Instituto de Seguridad Social, pero sobre todo el señor Gobernador de Cundinamarca, en las providencias acusadas, hacen hincapié en: a) que el artículo 4o. de la Ley 4a. de 1966 es aplicable a quienes obtengan el derecho a pensión a partir de la vigencia de esa Ley; b) que el señor Galindo Sánchez se encontraba pensionado antes de entrar en vigencia la Ley 4a. de 1966 y en consecuencia de acuerdo al sentido natural y obvio de las palabras como están redactadas 4o. y 5o. de esa Ley la norma aplicable es el artículo 5o. en concordancia con la Ley 171 de 1961, artículo 4o.; c) que lo que solicitó y se le reconoció al señor Galindo Sánchez es un reajuste, y d) que el artículo 4o. de la Ley 4a. de 1966 en ninguna de sus partes habla de reajustes sino de pensiones que se causen a partir de su vigencia.

"Esta es una confusión del reajuste y de la revisión, que para casos distintos pueden operar sobre una pensión de jubilación.

"La Ley 171 de 1961 habla del *pensionado* reincorporado a cargos oficiales, y el artículo 4o. de la Ley 4a. de 1966 es claro también al mencionar al *trabajador.*

"Porque lo que precisa establecerse es la condición del peticionario de la prestación social o el acreedor a la misma, en uno y otro momento, para concluir indudablemente en que las dos disposiciones concuerdan, se complementan lógicamente, y en manera alguna se oponen o se excluyen, y en que el artículo 4o. de la Ley 4a. de 1966, al no distinguir entre pensiones liquidables y pagaderas por vez primera y pensiones liquidables y pagaderas a virtud de revisión, es la norma única a que deben atenerse las entidades liquidadoras y pagadoras de pensiones de jubilación, en los casos de revisión, para promediar tiempo y sumas devengadas y atender al derecho comprobado de cualquiera de sus afiliados.

"Realmente, la cualidad de pensionado oficial se mantiene mientras el funcionario esté eximido del servicio, por reunir ciertas exigencias y condiciones legales de tiempo servido, edad y salud, que lo hacen acreedor a percibir una renta o pensión, Y la de trabajador se adquiere nueva y plenamente al ser reincorporado al servicio y permanecer en él con todas las obligaciones y derechos inherentes al empleo oficial, con cesación del recibo de la renta, con examen médico de admisión, con contribución por afiliación y demás a la entidad de previsión social, con sujeción a reglamentos y con ejercicio de funciones. Por eso la Ley 171 de 1961 se expidió como instituyente de algo que no existía antes para los *pensionados* y la Ley 4a. de 1966 en su artículo 4o. no tuvo necesidad de expresión distinta de la de *trabajador* para incluir en la nueva y más favorable medida a quienes, después de haber sido pensionados, hayan sido o fueren legalmente reincorporados al servicio activo como trabajadores, para ser después nueva y simplemente pensionados al quedar *nuevamente fuera del servicio*".

Admitida la demanda recibió su trámite legal ante el Tribunal y, en su oportunidad, el Fiscal Primero conceptuó que debían prosperar las peticiones del libelo.

Ejecutoriado el auto de citación a las partes para sentencia, procedió a dictarla el a–quo en el sentido de acceder a las súplicas impetradas, o sea declarar la nulidad de los actos acusados, pero ordenó que la reliquidación de la pensión debía hacerla el Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca, sobre la base del 75o/o del promedio mensual devengado por el actor en los últimos tres años de servicio. Dando así aplicación integral al artículo 4o. de la Ley 171 de 1961.

Dicha providencia tiene salvamento de voto del Magistrado Doctor Gustavo Humberto Rodríguez, quien estima que el 75o/o a que tiene derecho el demandante como pensión de jubilación, debe liquidarse sobre el promedio de los sueldos devengados por éste en el último año de servicios, inmediatamente anterior, dando, por tanto, aplicación al artículo 4o. de la Ley 4a. de 1966.

Conoce ahora la Corporación del presente negocio en virtud del grado de consulta obligatorio y, como ésta se resuelve de plano a ello procede la Sala previas las siguientes.

CONSIDERACIONES:

Evidentemente, como lo afirma el Tribunal están claramente determinados tanto por la Ley 5a. de 1969 como por la jurisprudencia, los factores que componen el salario y que deben tenerse en cuenta cuando quiera que se vaya a verificar una liquidación de prestaciones sociales con base en el que ha devengado un trabajador oficial.

Aparece, asímismo, demostrado en el juicio que el demandante prestó sus servicios al Estado por más de veinte años y que fue pensionado por el Departamento de Cundinamarca a partir del 29 de diciembre de 1959, pensión que fue reajustada en virtud de la Ley 1a. de 1963. Igualmente comprobó haber reingresado al servicio público a partir del 26 de abril de 1963 en la Contraloría General de la República, pasando posteriormente a la de Cundinamarca, donde permaneció hasta el 25 de julio de 1967. Este nuevo período de servicio fue superior a los tres años por lo cual solicitó al Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca se le liquidara el reajuste de su pensión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4o. de las Leyes 171 de 1961 y 4a. de 1966.

Mediante los actos enjuiciados el Instituto resolvió la solicitud elevada por el actor en el sentido de acceder a revisar la pensión de jubilación, pero

liquidando el 75o/o que ordena la Ley 4a. sobre el promedio de lo devengado en los tres últimos años de servicio, aspecto este por el cual se promovió el presente juicio, además de lo que quedó establecido anteriormente acerca de los factores integrantes del salario.

En resumen, pues, la cuestión debatida se contrae a la armonización de dos normas, a saber: Ley 171 de 1961, artículo 4o. y Ley 4a. de 1966, artículo 4o.

La Sala, de acuerdo con la salvedad del voto del Magistrado antes mencionado, piensa que la Ley 4a. de 1966 modifica tanto el porcentaje a que tiene derecho quien reúna los requisitos legales para jubilarse o haya adquirido dicho status, como también el tiempo sobre el cual se promedian los salarios, puesto que se trata de dos estatutos del mismo carácter general; y que de conformidad con el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887, la norma posterior deroga tácitamente a la primera, cuando se refiere a puntos en los cuales se reglamenta íntegramente la materia, como en el caso de autos, al establecerse el porcentaje sobre el cual debe liquidarse una pensión y el lapso a que se contrae la promediación de salarios.

Ahora bien, lo anteriormente dicho no significa que la Ley 171 de 1961 esté totalmente derogada por la 4a. de 1966, ya que ésta nada preceptúa en relación con el derecho que asiste a los pensionados para reingresar al servicio por espacio de tres años o más y obtener así un reajuste de la cuantía reconocida, materia contemplada por aquélla y que continuó vigente hasta 1966, cuando el Decreto-Ley número 2.400 del mismo año, en su artículo 29 prohibió el reintegro al servicio oficial, —con algunas excepciones—, como igualmente lo estatuyen los Decretos números 3074 de 1968 y 1848 de 1969 en sus artículos 78 y 79.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el presente negocio vino en consulta a esta Superioridad y que de acuerdo con el artículo 134 del Código Contencioso Administrativo y la interpretación que le ha dado el Consejo, no debe hacerse más gravosa la situación para el Estado, la Sala no puede reformar en este aspecto la sentencia dictada por el a—quo y ordenar el pago promediando los sueldos devengados por el actor durante el último año de servicios, con el 75o/o, conforme lo ordena el artículo 4o. de la Ley 4a. de 1966. Cuestión muy distinta habría sido si el fallo en referencia se hubiere apelado, por cuanto dicha solicitud sí se formuló en la vía administrativa, ya que a ella alude varias veces la Resolución acusada número 20 del 30 de mayo de 1969, expedida por el Gobernador de Cundinamarca, contradiciendo así el final de la parte motiva del fallo consultado, en que se afirma que "como la Administración no se ha pronunciado sobre el particular, no puede el Tribunal entrar a decidir sobre este punto".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha tres (3) de diciembre de mil novecientos setenta y uno (1971).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el veintiuno (21) de abril dé mil novecientos setenta y dos (1972).

Alvaro Orejuela Gómez — Eduardo Aguilar Vélez — Nemesio Camacho Rodríguez — Rafael Tafur Herrán.

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

TITULO III

Orden Municipal

CAPITULO PRIMERO:

Acuerdos de los Consejos

CONCEJO MUNICIPAL DE MEDELLIN

CONCEJOS MUNICIPALES Y ALCALDES. *Delegación de facultades antes y después del Acto Legislativo número 1 de 1968.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., marzo trece de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández.

Exp. No. 27/–1456
Apel. Auto.

(Aprobado en sesión del día diez de marzo de mil novecientos setenta y dos).

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Dr. Ignacio Mejía Velásquez contra el auto del Tribunal Administrativo de Antioquia por medio del cual se negó la suspensión provisional de los actos cuya nulidad ha demandado el recurrente.

Antecedentes: El doctor Ignacio Mejía Velásquez, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción que establece el artículo 66 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, en orden a que se hagan las siguientes declaraciones:

> **"Primero.** Que es *nulo* en todas sus partes el Acuerdo Número doce (12) de mil novecientos sesenta y ocho (1968) emanado del Concejo Municipal de Medellín.
>
> **Segundo.** Que es *nulo* en todas sus partes el Decreto número ciento treinta y seis (136) de siete (7) de Abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969), dictado por el Alcalde de Medellín con fundamento en el Acuerdo atrás mencionado.
>
> **Tercero.** Que es *nulo* en todas sus partes el Decreto Número doscientos cincuenta y ocho (258) de Ocho (8) de Junio de mil novecientos setenta (1970), "por medio del cual se prohibe la localización de vallas para propaganda en algunas áreas territoriales del Municipio de Medellín", dictado por el Alcalde de Medellín, con fundamento en el Acuerdo atrás mencionado y para reformar el Decreto de que trata la Petición Segunda.
>
> **Cuarto.** Subsidiariamente de la Petición Tercera, que son *nulos* los artículos tercero (3o.) y cuarto (4o) del Decreto mencionado en dicha Petición".

El demandante solicitó, igualmente, la suspensión provisional de los actos acusados por estimar que violan ostensiblemente varias normas de carácter superior, por los siguientes motivos:

a) **Acuerdo 12 de 1968.** Viola en forma manifiesta las siguientes disposiciones:

1. El artículo 197 de la Constitución Nacional vigente en la época en que se expidió el Acuerdo, es decir, antes de la promulgación del acto legislativo No. 1 de 1968, en cuanto dicho precepto constitucional no facultaba para delegar las funciones que les adscribe a los Concejos Municipales;

2. **Artículo 62 del Acto Legislativo número 1 de 1968,** (Artículo 197 de la actual codificación constitucional) en sus ordinales 1o. y 7o., por cuanto el Concejo "resigna en el Alcalde de Medellín las atribuciones normativas que en materia urbanística y de planeación ciudadana le competen", y el 7o. "que solamente entró a regir varios meses después de la expedición del Acuerdo, porque al autorizar a los Concejos para conceder facultades que les son propias a los Alcaldes, advierte que han de hacerlo *pro témpore* y en forma precisa, no de manera general e indefinida como un desplazamiento a perpetuidad de las principales competencias del Concejo".

3. **El artículo 201 de la Carta,** "que al definir la naturaleza de las funciones de los Alcaldes no permite la unificación en ellos de las principales competencias de los Concejos, unificación que resulta de la vigencia del acuerdo denunciado", y

4. **El numeral 11 del artículo 169 del C. de R.P. y M.,** que atribuye a los Concejos la facultad de acordar lo conveniente a la mejora y prosperidad del Municipio, lo que ha de hacer, como la misma palabra lo reitera, por medio de acuerdos", sin que pueda entregar esas competencias a los alcaldes, como lo dispone el acuerdo acusado.

b) **Decretos 136 de 1969 y 258 de 1970.** Violan en forma manifiesta las siguientes normas superiores:

1. Artículos 197 y 201 de la Constitución Nacional por las mismas razones antes anotadas.

2. El artículo 32 de la Carta "por cuanto dichas normas garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada y facultan la intervención solamente por mandato de la ley. Y los decretos mencionados constituyen una forma de intervención, restricción y proscripción de derechos de libre empresa y el ejercicio de actividades industriales y comerciales lícitas de empleo universal".

3. El artículo 4o. de la ley 97 de 1913 "que atribuye a los Concejos la facultad de disponer lo conveniente sobre vías y urbanismos, violadas por los

decretos denunciados al asumir funciones que solamente al Concejo corresponden (sic)".

c) **Artículos 3o. y 4o. del Decreto 258 de 1970 de la Alcaldía de Medellín,** disposiciones que violan, además de las normas anteriores, las siguientes:

1. Los numerales 5o. y 6o. del artículo 169 del C. de R.P. y M. que "encomiendan a los Concejos, por medio de acuerdos, arreglar la policía en sus diferentes ramas y señalar penas de multas, lo que resulta haciendo en estos artículos el Alcalde de Medellín".

2. El artículo 58 del A.L. Número 1 de 1968 (artículo 189 de la actual codificación) que "manda que los planes y programas de desarrollo de los Municipios sea determinada por la ley, a iniciativa del gobierno. Y aquí lo hace el alcalde de Medellín".

3. El decreto 2733 de 1959 en sus artículos 10 a 20 que "regulan el procedimiento gubernativo, protuberantemente contrariado por los procedimientos dispuestos en los artículos citados, que disponen un procedimiento verbal intempestivo y una facultad de acción inmediata, es decir sin fórmula de juicio ni sujeción a procedimientos regulares, sino por el arbitrio de un funcionario".

El auto apelado. El Tribunal a-quo negó la suspensión provisional impetrada por los motivos que a continuación se sintetizan.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, para que proceda la suspensión provisional, se requiere una ostensible o manifiesta contradicción entre las normas superiores que se consideren violadas y las disposiciones acusadas, condición que no se cumple en el caso sub-judice por las siguientes razones:

1. El acuerdo número 12 de 1968 lo expidió el Concejo Municipal de Medellín con fundamento en la autorización que establece el ordinal 7o. del artículo 7o. de la ley 72 de 1926, en armonía con lo dispuesto por la ley 89 de 1936, que hizo extensivos a otros Municipios las facultades a que se refiere la mencionada ley 72. Tal disposición reza: "Además de las facultades atribuídas a los Concejos Municipales, el de Bogotá, tendrá los siguientes:

.....

"7. Delegar al Alcalde las facultades necesarias para el buen servicio de la Administración Municipal".

Esto determina que no sea ostensible la presunta violación de los numerales 1o. y 7o. del artículo 62 del acto legislativo número 1 de 1968, "por que el acto impugnado se expidió antes de la vigencia de la reforma de la Carta y sería entonces necesario entrar a decidir si los actos administrativos expedidos por ese entonces con sujeción a normas Constitucionales o legales pierden su existencia jurídica por la modificación o derogatoria de las mismas y ello no puede ser materia de un simple auto de suspensión provisional".

Por las mismas razones no es manifiesta la oposición entre el acto acusado y el artículo 201 de la Constitución y el numeral 11 del artículo 169 de la ley 4a. de 1913.

2. Iguales fundamentos militan para no tener como violadas, prima facie, las mismas normas señaladas por el demandante en cuanto a los decretos 136 de 1969 y 258 de 1970.

3. La presunta violación del artículo 32 de la Carta, tampoco es evidente, toda vez que la Constitución garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada "dentro de los límites del bien común", por lo cual se precisa un detenido análisis de las normas acusadas y del mencionado texto constitucional para definir si conllevan o no una indebida intervención, restricción o proscripción de derechos de libre-empresa, o del ejercicio de actividades industriales y comerciales lícitas, como lo afirma el demandante, todo lo cual no es pertinente hacer en la providencia que resuelve la suspensión provisional.

4. Similares razones esgrime el Tribunal a–quo frente a la petición subsidiaria de suspender los artículos 3o. y 4o. del Decreto 258 de 1970, a mas de lo cual no encuentra que sea ostensible la presunta contradicción entre tales disposiciones y lo preceptuado por el artículo 58 del acto legislativo número 1 de 1968, lo que igualmente ocurre frente a los artículos 10 a 20 del decreto 2733 de 1959 en relación con los cuales debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 19 del citado decreto en cuanto al procedimiento gubernativo que consagra tal estatuto deja a salvo la aplicación de las normas ordenanzales que establezcan reglas especiales en materia de su competencia.

Para resolver se considera.

Acuerdo No. 12 de 1966. Violación de normas constitucionales.

El actor estima que este acuerdo es violatorio tanto de normas constitucionales vigentes a tiempo de su expedición como de las establecidas

por el Constituyente con posterioridad a ella. En relación con estos últimos cargos, la Sala encuentra que no son viables para efecto de la suspensión provisional, toda vez que la presunta oposición entre una norma superior dictada con posterioridad a otra de menor jerarquía no puede ser materia del contencioso objetivo de anulación como quiera que en esta acción se debate la legalidad de un acto administrativo frente a la normatividad que le sirve de marco en el momento mismo de su expedición y no frente a normas posteriores, pues, en rigor jurídico no puede afirmarse que una norma sea violatoria de otra inexistente a tiempo de su expedición. Cuando tal contradicción surge el fenómeno que se plantea es bien distinto y se resuelve a traves de la inaplicación de la norma de inferior jerarquía la cual se ha de entender modificada o derogada por el nuevo ordenamiento legal con el cual resulte en oposición. Tal es el principio contenido en el artículo 215 de la Carta al preceptuar que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales, principio que igualmente informa el artículo 9o. de la ley 153 de 1887 al decir que la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente y que toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu se desechará como insubsistente. Por esto, le asiste razón al Tribunal de Antioquia cuando afirma en el auto apelado que el problema que se plantea en torno a la presunta violación de normas constitucionales expedidas con posterioridad al acto acusado es el de decidir si éste pierde su existencia jurídica por la modificación o derogatoria de las normas constitucionales o legales que en su oportunidad le sirvieron de sustento, lo cual no puede definirse en el auto de suspensión provisional, por que en el caso sub–judice tal definición conlleva un análisis a fondo de las nuevas normas constitucionales en relación con el acuerdo acusado, con mayor razón si, como ocurre en el caso de autos, el Alcalde expidió actos en ejercicio de las facultades delegadas.

El artículo 197 de la Constitución vigente con anterioridad a la expedición del acto reformatorio número 1 de 1968 que el demandante señala como violado por el Acuerdo, establecía:

> "Son atribuciones de los Concejos, *que ejercerán conforme a la ley*, las siguientes (se subraya);
>
> 1. Ordenar, por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del Distrito;
>
> 2. Votar, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas, las contribuciones y gastos locales;
>
> 3. *Elegir Personeros y Tesoreros Municipales* y los demás funcionarios o empleados que la ley determine; (se subraya).

4. Ejercer las demás funciones que la ley les señale".

Como se advierte, la transcrita disposición nada establecía en relación con la delegación que los Cabildos pudieran hacer de las funciones que les señala la Carta o la ley, pero al establecer que sus atribuciones se ejercerán "conforme a la ley" y dada la facultad que establece el ordinal 7o. del artículo 7o. de la Ley 72 de mil novecientos veintiseis, que autoriza delegar en los Alcaldes las facultades que son necesarias para el buen servicio de la administración municipal, se concluye, como acertadamente lo hace el Tribunal a—quo, que, en principio, las funciones de carácter eminentemente administrativo propias de los Concejos eran delegables en los Alcaldes, por lo cual no se advierte la ostensible violación del texto constitucional que se comenta. Por esta misma razón, tampoco es manifiesta la violación de los textos legales que cita el demandante y que señalan atribuciones de los Concejos, las cuales, afirma, deben ejercerse forzosamente, a traves de acuerdos que expidan los Cabildos, pues, si una o más de tales atribuciones han sido materia de delegación, ésta sí, dispuesta en Acuerdo expedido por el Concejo, como es apenas natural, pueden ser objeto de aplicación y desarrollo por medio de actos expedidos por los Alcaldes. Este régimen varió, ciertamente, a raíz de la reforma constitucional de 1968 en cuanto el constituyente de ese año, estableció que la delegación o autorización debe hacerse pro tempore y respecto a funciones precisas, (artículo 197, ordinal 7o. de la actual codificación), trasladando así al ámbito municipal la facultad que la Carta le asigna al Congreso en relación con el Presidente de la República. (Artículo 76, ordinal 12). Mas esta modificación no hace nulas las delegaciones hechas por los Concejos con arreglo al sistema anterior, y sus consecuencias jurídicas son bien distintas, como antes quedó apuntado.

Decretos 136 de 1969 y 258 de 1970. Por las mismas razones anotadas, estos decretos, dictados por el Alcalde Municipal de Medellín en uso de la delegación que recibió del Concejo, no son ostensiblemente violatorios de los artículos 197 y 201 de la Constitución, ni del artículo 4o. de la ley 97 de 1913.

Y en cuanto a su pretendida oposición con el artículo 32, ibidem, el Consejo participa del criterio del Tribunal en cuanto que, para llegar a tal conclusión, se precisa analizar los diversos y complejos elementos que integran esta disposición y puntualizar su alcance frente a las medidas administrativas de policía y desarrollo urbano contenidas en los mencionados decretos.

Artículo 3o. y 4o. del Decreto 258 de 1970. Igual situación se contempla en relación con las aducidas violaciones de los artículos 197 y 201 de la Constitución y de los numerales 5o. y 6o. del artículo 169 del C.de R.P. y M., por parte de estos artículos del Decreto 258 de 1970. En cuanto a la

violación del artículo 58 del A.L. número 1 de 1968, cabe agregar que esta disposición que corresponde al artículo 189 de la actual codificación constitucional, dispone en su inciso segundo que es al que parece aludir el demandante, que a "iniciativa del Gobierno, la ley determinará lo relativo a los planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas de los municipios, y podrá también, atendiendo sus categorías conforme al artículo 198, otorgar exclusivamente al alcalde la iniciativa de los proyectos de acuerdo sobre determinadas materias", cuestiones que no parecen tener una relación directa con las normas acusadas.

Por último, tampoco es manifiesta, como lo dice el Tribunal en el auto apelado, la oposición entre estas disposiciones y el procedimiento gubernativo que establece el decreto 2733 de 1959, toda vez que este estatuto deja a salvo los procedimientos gubernativos determinados en ordenanzas departamentales y, en principio, no modificó las facultades legales otorgadas al Municipio de Bogotá por el artículo 7o., numeral 5o. de la ley 72 de 1926, facultades que se hicieron extensivas a otros municipios como el de Medellín (ley 89 de 1936).

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Primera, confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Lucrecio Jaramillo Vélez — Jorge Dávila Hernández — Alfonso Arango Henao — Humberto Mora Osejo.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

CAPITULO SEGUNDO:

Actos de Otras Autoridades

Administrativas del Orden Municipal

JUNTA DE PLANEACION MUNICIPAL DE CALI

OPERACIONES ADMINISTRATIVAS MIXTAS, INTEGRADAS POR ACTOS ADMINISTRATIVOS Y OBRAS PARTICULARES. La ley no consagra operaciones administrativas mixtas, integradas por actos administrativos y obras particulares, de las cuales éstas sean "la consecuencia forzosa" de aquéllos, sino actos, hechos y operaciones administrativas, como actos y hechos de los particulares, sometidos a distintos regímenes jurídicos.

ACTOS DE AUTORIZACION. *Su alcance.* **El acto de Autorización habilita a una persona pública o privada para ejercer una competencia a su entera libertad y responsabilidad, es decir, de suyo nó obliga a obrar en determinado sentido, si no que permite hacerlo a voluntad de la persona autorizada.**

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., febrero diez y ocho de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo.

Sesión del día once de febrero de mil novecientos setenta y dos.

Ref: Expediente No. 1209.

Se deciden los recursos de apelación, interpuesto oportunamente por el Municipio de Cali y por los herederos del señor Adolfo Aristizabal, contra la sentencia de 29 de agosto de 1968 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por la cual se declaró la nulidad del acto contenido en el acta No. 148 de 11 de enero de 1966 de la Junta de Planeación Municipal de Cali, "ratificado y ampliado" por acto contenido en acta No. 152 de 16 de febrero del año indicado y que también consta en el "certificado" de 29 de enero de 1966 expedido por la Oficina de Planeación Municipal de Cali; se dispuso que el Municipio de Cali, "sin perjuicio de las acciones legales que pudiere llegar a intentar contra los herederos del señor Adolfo Aristizabal Llano", debe tomar "las medidas conducentes al oportuno restablecimiento de los derechos conculcados al actor, señor Arcadio Muñoz Zúñiga, para que pueda continuar la exploración y explotación de la zona carbonífera a que se contrae el permiso No. 233 admitido por el Ministerio de Minas y Petróleos" y comprendido por los linderos que se indican; y se condenó en abstracto al Municipio de Cali a pagarle al actor los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante, que deben hacerse efectivos en el término del Art. 121 del C.C.A., previa su liquidación mediante el trámite del Art. 553 del C. de P.C. entonces vigente.

I. **Los antecedentes.** Los antecedentes del juicio son los siguientes:

1. **La demanda.** El señor Arcadio Muños Zúñiga, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, en demanda presentada al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 14 de abril de 1966, pidió, según el contexto del libelo, que se declare la nulidad del acto contenido en el Acta No. 148 de 11 de enero de 1966 de la Junta de Planeación Municipal de Cali, que se ordene restablecerlo "al pleno uso y goce de sus derechos como beneficiario del permiso de exploración y explotación de una zona de carbón mineral" ubicada en Cali, en terrenos de La Morelia" o "El Tablon" de propiedad del actor y distinguida por los linderos que se indican en la demanda, y se condene al Municipio de Cali a pagarle los perjuicios morales y materiales por "los hechos u operación de urbanización autorizada por la Junta de Planeación Municipal a los herederos de Adolfo Aristizabal Llano, en virtud de la resolución emanada de dicha Junta. . . ".

El actor corrigió oportunamente la demanda, para pedir expresamente que se declare la nulidad de las actas Nos. 148 y 152 de 11 de enero y 15 de febrero de 1966 de la Junta de Planeación Municipal de Cali y del certificado de 29 de enero del mismo año de la Oficina de Planeación del mismo Municipio, para que en consecuencia se ordene restablecerlo "en el pleno uso y goce de sus derechos como beneficiarios del permiso de exploración y explotación" de la referida mina de carbón y se condene al Municipio de Cali a pagarle los perjuicios indicados.

2. **Los hechos de la demanda.** La demanda, con su corrección, se fundamenta, en síntesis, en los siguientes hechos:

1. Entre el actor y los herederos de Adolfo Aristizabal Llano "se disputan entre sí el dominio de gran parte de los terrenos del predio denominado "La Morelia" o "El Tablón" y de las minas de hulla existentes en el mismo predio, conocidas con el nombre de "El Diamante"; en cuanto a los terrenos, la disputa consiste en un juicio de prescripción adquisitiva de dominio, actualmente en curso en el Juzgado 6o. Civil Municipal de Cali, promovido por Adolfo Aristizabal Llano para que se lo declare dueño del fundo cuyas lindes se indican en la demanda; 2) El actor es opositor reconocido como tal en el juicio, para que "se niegue la prescripción demandada y se excluya, en caso de ésta ser otorgada, el predio poseido por Muñoz, que abusiva e ilegalmente fué incluído dentro del predio cuya usucapión se ha solicitado"; 3) "En el fundo que posee" el actor existen yacimientos de carbón, para cuya explotación solicitó permiso del Ministerio de Minas y Petróleos, el cual, no obstante las oposiciones presentadas por Adolfo Aristizabal y otros, las desechó y aceptó la solicitud del actor; 4) Además del juicio mencionado, Adolfo Aristizabal promovió "varias acciones de policía y juicios posesorios contra el demandante, todos decididos en su favor; 5) Los herederos de Adolfo Aristizabal, para "arrebatarle una posesión

tan antigua como la que tiene sobre su predio y sobre sus minas, acudieron al expediente de solicitar a la Oficina de la Junta Municipal y a la Oficina de Planeación del mismo Municipio un permiso para obras de urbanización, y esta Oficina (sic), muy a pesar de habérseles presentado las resoluciones del Ministerio de Minas y Petróleos, los distintos juicios posesorios y la certificación sobre la litis trabada en el Juzgado 6o. Civil sobre la tierra, demostrándole que el caso estaba *sub judice* (subraya el actor), ordenó la apertura de las vías y construcciones de campamentos. . ."; 6) Según el plano de la zona minera y las resoluciones del Ministerio de Minas y Petróleos, la mina de carbón no está situada en el perímetro urbano de la ciudad de Cali; no obstante esto, se dió el permiso "para la apertura de las vías, contra el concepto de la Oficina Técnica de las Empresas Municipales"; 7) Como el perímetro urbano de Cali fué señalado por acuerdos municipales, la Oficina de Planeación debió obedecerlos, no ordenar realizar obras fuera de él, como sucedió; 8) Así como el Código de Minas prohibe otorgar permisos o concesiones mineras en las "zonas habitadas", el minero "tiene derecho a exigir que no se construya, que no se interfiera con obra alguna la zona minera"; 9) Los derechos del actor, "constitucional y legalmente otorgados están sufriendo menoscabo por gracia y honor del acto acusado", en cuanto "con las obras autorizadas se le obstaculiza e interfiere la explotación normal de sus yacimientos. . . ".

3. **Las disposiciones invocadas y los conceptos de violación.** Se señalan como violadas, en síntesis, las siguientes disposiciones:

Arts. 23 del decreto No. 2514 de 1952 y 11 del Decreto No. 805 de 1947, que prohiben dar permisos o concesiones mineras "dentro de la zona urbana (habitada) de las poblaciones o caseríos y cien metros más en contorno", en cuanto el área minera correspondiente al permiso otorgado al actor, "después de exhaustivo análisis realizado por los ingenieros del Ministerio y obrando sobre el plano certificado por planeación de Cali", se encuentra fuera del perímetro urbano de Cali, la cual al ser ocupada con edificaciones "se colocaría frente a una violación de las disposiciones precitadas"; Acuerdo No. 53 de 1962 del Concejo Municipal de Cali, sin que se señalen las disposiciones específicas que se estiman violadas, que determina el perímetro urbano de la mencionada ciudad; Art. 30 de la Constitución, que garantiza la propiedad privada y demás derechos adquiridos con justo título, por haberse autorizado, por los actos acusados, la construcción de la vía con violación del derecho del actor a la explotación de la mina de carbón; 66 del C.C.A., porque los actos acusados se expidieron con violación de las referidas normas de la Constitución y de la ley; Art. 762 del C.C., que define la posesión, en cuanto el actor "ha poseído quieta, pacífica y tranquilamente como señor y dueño del (sic) predio materia de la disputa de que se trata", derecho infringido por los actos acusados; Art. 28 de la ley 153 de 1887, que

prescribe que los derechos reales adquiridos conforme a una ley subsisten bajo el imperio de otra, en cuanto el actor "conserva la posesión material y explotación económica del suelo y subsuelo del inmueble de que se trata", que no podía ser vulnerada por los actos acusados, que fueron expedidos, de conformidad con la doctrina que se transcribe, con abuso de poder; y Arts. 16, 17 y 23 de la Constitución, 174 y siguientes del Código de Minas, sin que se expresen los conceptos de violación.

4. **La suspensión provisional.** El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por auto de 16 de mayo de 1966, que fuera confirmado por el Consejo mediante auto de 31 de enero de 1967, dispuso la suspensión provisional "del acto contenido en el Acta No. 148" de 11 de enero de 1966 de la Junta de Planeación Municipal de Cali, en síntesis, por los siguientes motivos:

1. Según las copias de las resoluciones del Ministerio de Minas y Petróleos y de las sentencias que obran en autos, al actor "le ha sido reconocido un derecho para la explotación de las minas carboníferas en el Municipio de Cali de conformidad con disposiciones legales vigentes"; 2) Considerando que el acto acusado, contenido en el Acta No. 148 de 11 de enero de 1966 de la Junta de Planeación Municipal, concedió el permiso para la construcción de la vía siempre que "lleve la aprobación de la Oficina de Cartografía de la Oficina de Planeación Municipal", la cual dió opinión adversa; que el actor solicitó su revocatoria por el agravio que se le causaba y por estar pendiente un juicio de prescripción adquisitiva de dominio, que se le fué denegada por acto que consta en acta de 15 de febrero de 1966 y que el Director de la Oficina de Planeación de Cali, el 29 de enero de 1966, expidió certificación sobre el permiso concedido para construir la vía en términos que no coinciden con la realidad, "surge sin mayores lucubraciones un choque manifiesto, claro y ostensible, no sólo entre el procedimiento de la Administración Municipal y las normas legales citadas (Decretos y Resoluciones del Ministerio de Minas y Petróleos) que garantizan el derecho del señor Arcadio Muñoz Z, para laborar la mina y ejecutar todas las obras que tengan por objeto dicho laboréo, conforme lo dispone el Art. 174 del Código de Minas, sino también e inclusive, con los mismos ordenamientos municipales a los cuales está sujeta la Junta de Planeación para conceder los permisos de la clase a que se refiere el acto acusado, entre las cuales se encuentra el concepto favorable y previo que debía dar –para que el permiso pudiera ser concedido– la Sección de Cartografía de la misma Oficina de Planeación. . . ". El Tribunal, en auto de 13 de julio de 1966, mantuvo su providencia con los mismos argumentos expuestos, confirmada igualmente por el Consejo.

5. **Las partes opositorias.** Tanto el auto que admitió la demanda, como en el que admitió su corrección, dispusieron notificarlos personalmente al

representante legal del Municipio de Cali, diligencias que se cumplieron legalmente, por lo que tal entidad ha obrado como parte por ministerio de la ley, según el Art. 20, Inc. 2o., del C.C.A. En su alegato de conclusión en la primera instancia, el señor Personero Municipal de Cali se opone a las peticiones de la demanda, en síntesis, con los siguientes argumentos:

1. Los hechos 1 a 5 de la demanda no constituyen causa petendi de la acción y los comprendidos en los números 6 a 9, "sobre posesión minera", tampoco son conducentes al restablecimiento del derecho impetrado; 2) Lo esencial del litigio consiste en que, según la jurisprudencia del Consejo en sentencia del 17 de mayo de 1951, "sólo hay lugar al restablecimiento del derecho violado por el acto administrativo nulo en cuanto a las consecuencias directas e inmediatas ocasionadas por tal acto. . . "; 3) Sólo los tres últimos hechos tienen nexo de casualidad con las peticiones de la demanda, especialmente el 10o., en el sentido de que las Oficinas de Planeación Municipal deben atenerse al acuerdo o acuerdos que señalen el perímetro urbano de la ciudad, pero el actor no señaló el concepto de violación de las normas del Acuerdo Municipal de Cali sobre plan regulador, no obstante que, según repetida jurisprudencia del Consejo, como la expuesta en sentencia de 23 de enero de 1949, la prosperidad de la acción depende de "la procedencia de las citas que haga" y de "la juridicidad de la interpretación que de ellas exponga el actor"; 4) El motivo fundamental del Tribunal, prohijado por el Consejo, para disponer la suspensión provisional del acto acusado, que se incumplió el requisito o condición impuesta en el acto que concedió el permiso, es equivocado, "porque el concepto de la Sección de Cartografía de la Oficina de Planeación Municipal sí fué favorable", aparte de que, si el equivocado era el certificado del Jefe de la Oficina de Planeación, por violación del Acta No. 148, debió suspender a aquél y no a ésta 5) El permiso otorgado mediante acta No. 148 de 11 de enero de 1966 es legal, porque se funda en el Acuerdo No. 80 de 1959, que el actor no invoca, y en los Arts. 77, 83, 84 y 85 del Decreto No. 562 de 20 de noviembre de 1954, ratificado por el Art. 29 del citado Acuerdo; 6) El permiso no causó perjuicios al actor, lo que no obsta para que, si fué perjudicado por las obras realizadas por la familia Aristizabal, tenga derecho a reclamarle indemnización por la vía ordinaria, puesto que aquél no es causa inmediata de éstos, cómo se comprueba con la Resolución No. 241 de 4 de marzo de 1968 de la Oficina de Planeación Municipal, que le impuso multa por haber iniciado una urbanización no autorizada y cuyos trabajos le ordenó suspender; 7) Según el plano que aduce al juicio con su memorial, la vía autorizada no causó perjuicio a la mina que explota el actor; pero, si se estimare que el Municipio de Cali la ocupó y dañó, propone la "excepción constitucional de incompetencia", por ser tales controverias, según el Art. 6o. del Decreto–ley No. 528 de 1964, de conocimiento de los jueces municipales.

También se hicieron parte, mediante apoderado, para oponerse a las peticiones de la demanda, los señores Hugo y Walter Aristizabal P., como herederos del señor Adolfo Aristizabal, reconocidos como tales por auto de 23 de junio de 1966. Fundan la oposición, en síntesis con los siguientes argumentos, expuestos en el memorial que resume lo alegado en la audiencia celebrada en la primera instancia:

1. No existe permiso legalmente concedido al actor ni hay acta de la entrega de mina, como hace constar el Ministerio de Minas y Petróleos; 2) Este ha tenido una actitud contradictoria en cuanto a la mina que explota el actor, pero están vigentes las Resoluciones Nos. 8132 de 1964 del Ministerio de Minas y Petróleos y 011 de 9 de febrero de 1966 de la Secretaría de Obras Públicas, que obran en autos, según las cuales no asiste derecho al actor para sustentar su pretensión, puesto que "sólo existe al efecto una aparente legalidad que él sustenta en resoluciones y disposiciones contradictorias, ilógicas, ilegales que cree le favorecen"; 3) La vista fiscal de las primeras instancias incurrió en error al aludir el concepto desfavorable al permiso de las Empresas Públicas Municipales y no al existente y favorable al mismo del Jefe de la Sección de Cartografía, así como el fundar el derecho del actor en la Resolución No. 0590 del 30 de abril de 1965 del Ministerio de Minas y Petróleos, no obstante que ésta sólo revoca el cierre de la bocamina, sin concederle más derechos y dejando subsistente la Resolución No. 0132 de 1964; 4) Reitera y prohija los argumentos del señor Personero Municipal de Cali, para que se nieguen las peticiones de la demanda, pero sostiene que sus mandantes, contra el aserto de éste, no han extralimitado el permiso que se les diera.

6. **El concepto del Fiscal del Tribunal.** El señor Fiscal 4o. del Tribunal conceptúo favorablemente a las peticiones de la demanda, en síntesis, con los siguientes argumentos:

1. Los hechos 1 a 5 de la demanda, como sostiene el Personero Municipal de Cali, no constituyen causa petendi de la acción incoada por el actor; 2) El actor, señor Arcadio Muñoz, demostró, con copia de la Resolución No. 0590 de 30 de abril de 1965 y de la sentencia del Consejo que negó la acción de nulidad propuesta contra la Resolución No. 1377 del 5 de diciembre de 1963, que se le otorgó permiso provisional para hacer explotaciones carboníferas y que tiene "interés jurídico de proteger... el pleno goce y usufructo de la explotación minera en los predios por donde se ha introducido una vía transitable, autorizada por la Oficina de Planeación de Cali en la forma anómala que lo hizo, según se ha podido apreciar"; 3) Como las explotaciones carboníferas del demandante están fuera del perímetro urbano de la ciudad de Cali, en el cual según el Decreto No. 805 de 1947 no pueden concederse permisos, el otorgado a los herederos Aristizabal viola el

Acuerdo No. 53 de 1962 y el Decreto mencionado y "generó una perturbación a los derechos del actor", por lo que debe anularse y disponerse que se le indemnicen los perjuicios.

7. **La Sentencia del Tribunal**. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por sentencia del 29 de agosto de 1968, accedió a las peticiones de la demanda, en síntesis, por los siguientes motivos:

1) El actor "tiene un derecho claro a la explotación" de los yacimientos carboníferos de que se trata, por haberle sido admitido el permiso No. 233 por Resolución No. 1087 del 5 de octubre de 1962 del Ministerio de Minas y Petróleos, el cual por Resolución No. 1033 del 2 de julio de 1965 desechó por inadmisibles las oposiciones presentadas "por varias personas entre ellas el señor Aristizábal", y por haber dispuesto la misma entidad, por Resolución No. 0590 de 30 de abril de 1965, mantener la explotación carbonífera que adelanta el demandante, como así sostuvo el Consejo, en providencias de 31 de enero y de 10 de abril de 1967, al confirmar la suspensión provisional del acto acusado; 2) Según Jurisprudencia del Consejo en sentencia del 14 de junio de 1961, la operación y el acto administrativos se caracterizan porque "ambos se producen por el querer de la Administración enderezado a generar efectos de hecho y de derecho", por lo que las obras realizadas por los herederos Aristizábal son "la consecuencia forzosa del ordenamiento que le precede"; 3) Según las pruebas aducidas al juicio, especialmente la inspección ocular practicada por el Tribunal con asocio de peritos, se demostraron los siguientes hechos "que tienen relación directa e inmediata con el acto administrativo acusado y el restablecimiento del derecho que se persigue"; a) El actor adelanta trabajos de exploración y explotación de la zona carbonífera desde hace muchos años, aproximadamente 15, según los expertos; b) Las obras adelantadas con base en el permiso concedido por la Junta de Planeación Municipal a los herederos Aristizábal, "y otras que excedieron claramente el dicho permiso", causaron perjuicio al actor, consistente en privarlo "del derecho legalmente adquirido y reconocido de explorar y explotar la zona minera situada en el fundo "La Morelia" o "El Tablón"; c) Los peritos calcularon el daño emergente y el lucro cesante en $100.000.oo y $160.000.oo respectivamente, dictamen que el Tribunal estima "razonable en sus apreciaciones fundamentales" como prueba demostrativa del perjuicio, no en cuanto a su regulación numérica por no ser "debidamente fundamentado", pues, que no expresa "la capacidad de la mina, las instalaciones y maquinaria empleada, el número de trabajadores empleados normalmente en la dicha mina para producir la cantidad de carbón que deje una utilidad de $15.000.oo al año"; 4) La responsabilidad del Municipio de Cali está demostrada, tanto porque la Junta de Planeación Municipal de Cali "conoció o debió conocer la situación legal que amparaba la exploración y explotación que desde tiempo atrás venía haciendo el señor

Arcadio Muñoz", como un derecho adquirido con justo título garantizado por el Art. 30 de la Constitución, como porque se dan los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, por tratarse de perjuicio cierto, evaluable en dinero, sufrido por el actor y producido en relación de causalidad "entre el acto administrativo y el resultado de éste".

II. **Los alegatos de la segunda instancia.** En la segunda instancia el actor y el señor Fiscal 1o. del Consejo alegaron de conclusión, a saber:

1. **El alegato de conclusión del actor.** El actor, mediante apoderado especial para la instancia, pide que se confirme la sentencia del Tribunal, en síntesis, con los siguientes argumentos;

1) Está demostrado en autos que entre el actor y el señor Adolfo Aristizábal y sus sucesores han existido diferencias sobre la posesión de una parte del predio denominado "La Morelia" y sobre la de un yacimiento de hulla existente bajo el terreno mencionado y que el actor, cuando se expidieron los actos acusados, "era poseedor de la parte del predio sobre la cual se autorizaron y construyeron las obras de urbanización que originaron esta acción", como también "que tenía un derecho, inicialmente desconocido pero posteriormente confirmado por el Ministerio de Minas y Petróleos, a la explotación del depósito de carbón"; 2) Los actos acusados son ilegales por haber autorizado a los herederos del señor Aristizábal para realizar las obras de que se trata con desconocimiento de la posesión del actor, a pesar de que las normas que rigen las urbanizaciones obligan a beneficiar a los propietarios, cuya condición de tales no se comprueba con el pago del impuesto predial 3) según el dictamen pericial practicado en la segunda instancia, que contradice una vaga certificación de la Oficina de Planeación de Cali, que dictó los actos acusados, el predio poseído por el actor, donde se construyeron las vías autorizadas, está fuera del perímetro urbano de la ciudad de Cali, aspecto que ya había definido el Ministerio de Minas y Petróleos al aceptar la solicitud de permiso y decidir las oposiciones; 4) Los actos acusados se expidieron irregularmente, según el Acuerdo No. 80 de 1959 del Concejo Municipal de Cali, por no ser la Oficina de Planeación orientadora ni consultora y porque, si la Junta de Planeación obra "como entidad de instancia, sus decisiones, una vez acordadas en las actas respectivas, deben ejecutarse por medio de resolución (sic) firmadas por el presidente y el secretario de ella"; la certificación del Jefe de Planeación "se expidió de modo todavía más irregular... se trata simplemente de la certificación de un acto inexistente o de una decisión que el Jefe de Planeación toma en el propio acto de expedir ese certificado"; 5) Según el Acuerdo No. 80 de 1959 del Concejo Municipal de Cali, no es función de la Sección de Planeación aprobar las licencias, sino de la Sección de Urbanización; 6) El Municipio de Cali es responsable de los perjuicios causados al demandante, por haber autorizado la construcción de tres vías,

por no haberla suspendido y tolerado que se construyeran dos edificaciones en reemplazo de dos campamentos provisionales que fueron autorizados, sin que obste para ello la sanción impuesta a los herederos Aristizábal en 1968, después de que el Tribunal y el Consejo suspendieron los actos acusados; 7) El demandante no ejercía una posesión clandestina sobre la mina, sino una legítima amparada por el Art. 4o. del Decreto 3132 de 1956, "que le da derecho a quien demuestre estar explorando o explotando una mina o a quien haya realizado los estudios técnicos en relación con ella, a que se le conceda"; 8) El Municipio de Cali es responsable de todos los perjuicios, "aunque haya habido exceso por parte de los señores Aristizábal", por culpa de los funcionarios municipales tanto en la expedición del permiso como porque "nunca se definió el rumbo y especificaciones" de las vías "ni se vigiló su ejecución"; 9) El hecho de que la familia Aristizábal prohije la pretensión del Municipio de Cali, no obstante ser la suya contrapuesta, "implica una clara solidaridad entre ellos en cuanto a la intención dañosa contra el señor Muñoz".

2. **La vista fiscal.** El señor Fiscal 1o. del Consejo conceptúa que precisa revocar la sentencia objeto del recurso de apelación y negar las peticiones de la demanda, en síntesis, por los siguientes argumentos:

1) Las pruebas que obran en autos, especialmente la inspección ocular practicada en la segunda instancia, demuestran que al demandante "se le causaron algunos perjuicios por razón de las obras que ejecutaron los herederos de don Adolfo Aristizábal a inmediaciones de la mina de carbón que aquél explotaba"; 2) Pero no está demostrada "la responsabilidad directa" del Municipio de Cali, puesto que, "los permisos que las autoridades respectivas dieron para construir unas obras, no constituyen por sí solos violación de ningún derecho", como se comprueba con los dictámenes periciales de las instancias que afirman que las obras pudieron realizarse sin menoscabo del derecho del actor y que el perjuicio que sufrieran se debió, no a la construcción de la vía principal, sino a la de las intermedias; 3) Correspondía a los beneficiarios de los permisos utilizarlos "sin perjuicio de los derechos de las demás personas"; 4) El Municipio de Cali sólo podría ser responsable indirectamente, "quizás por falta de vigilancia", no directamente, por lo que la acción, fundada en la nulidad de unos actos "que de por sí no son violatorios de ningún derecho", según jurisprudencia del Consejo en sentencia de 17 de mayo de 1951, no puede prosperar, pues, que para responsabilidad a aquél "por falta de diligencia y cuidado" debió incoarse la acción "en diferente forma".

III. **La sentencia de segunda instancia.** Surtida normalmente la tramitación del juicio en ambas instancias, para resolver precisa examinar las peticiones de la demanda en relación con las disposiciones invocadas, los conceptos de violación, los alegatos de las partes y los hechos conducentes demostrados.

1. **Los actos acusados.** Se pide en la demanda que se declare la nulidad de los actos contenidos en las actas Nos. 148 y 152 del 11 de enero y del 15 de febrero de 1966 de la Junta de Planeación del Municipio de Cali y del certificado del 29 de enero del mismo año de la Oficina de Planeación del mismo Municipio, por violación de las normas invocadas y por perjudicar el derecho del actor. Como mediante los dos primeros actos se concedió el permiso para construir una vía pública y se negó la solicitud de su revocación, respectivamente, para decidir el recurso precisa analizar en el fondo los cargos de la demanda. Pero el certificado de fecha 29 de enero de 1966 del Jefe de la Oficina de Planeación de Cali, contra el aserto de la sentencia del Tribunal, no puede asimilarse al acto acusado, sino que, por su índole o naturaleza, como "acto de certificación", sólo da fé de acto o actos precedentes a que se refiere (E. Sayaqués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Pág. 430), sin que se haya demostrado en el juicio, para que pueda estimárselo como uno autónomo de ampliación del permiso, la inexistencia del acto o actos cuyo contenido certifica. Por tanto, ante esta realidad procesal, no existe la incertidumbre que anota el señor apoderado del actor en la segunda instancia, sino que, como acto de certificación, sólo podía infirmarse mediante la demostración de que su contenido no corresponde a la verdad, no como violatorio de las normas invocadas, tendientes a infirmarlo, como a los demás actos acusados, por violación de las normas tutelares del pretenso derecho del actor; en consecuencia, el certificado de que se trata, que mantiene su presunción de legalidad, no podía asimilarse al acto de permiso contenido en el Acta No. 148 de 11 de enero de 1966 de la Junta de Planeación Municipal ni anularse por la misma causa.

2. **El examen de la legalidad de los actos acusados del 11 de enero y del 15 de febrero de 1966 de la Junta de Planeación Municipal.** Como se expuso, la sentencia del Tribunal funda la declaración de nulidad de los actos acusados en la consideración de que son, según sentencia del Consejo del 14 de junio de 1961, "los antecedentes necesarios de las obras realizadas por los herederos del señor Adolfo Aristizábal, que perjudicaron el derecho del actor, con violación del Artículo 30 de la Constitución, a la explotación de los yacimientos carboníferos y que constituyen "la consecuencia forzosa del ordenamiento que le preceda". En otros términos, que los actos por los cuales se concedió el permiso para construir la vía y la obra realizada constituyen una operación administrativa que obliga al Municipio de Cali a indemnizar los perjuicios causados al actor.

La Sala no comparte este criterio del Tribunal, por los siguientes motivos:

1. **Las peticiones de la demanda y la sentencia del Tribunal.** El actor pidió en la demanda que se declare la nulidad de los actos acusados, por violación de la Constitución y de la ley; que en consecuencia se le restablezca en su

derecho a explotar la mina de carbón y se condene al Municipio de Cali a pagarle los perjuicios ocasionados por los mismo. Por tanto, la violación del derecho del actor y los perjuicios cuyo reconocimiento pretende, deben estar ínsitos en los actos mismos, para que el restablecimiento del derecho y la indemnización sean consecuencia de su anulación; pero, según la sentencia del Tribunal, la violación del derecho del actor, que obliga a su restablecimiento e indemnización, se produjo por los actos acusados y la ejecución de las obras, como un todo que se integra en una operación administrativa; en otros términos, mientras que el actor funda la acción en la nulidad de los actos acusados, la sentencia del Tribunal sustenta su procedencia en el daño causado por una operación administrativa, hasta deducir la responsabilidad del Municipio de Cali, no de la ilegalidad de los actos acusados, en sí mismos considerados, sino del nexo causal "entre el acto administrativo y el resultado de éste".

2. **Los actos, hechos y operaciones administrativos.** La doctrina y la jurisprudencia distinguen nítidamente el acto, el hecho y la operación administrativa. Mientras el primero constituye una manifestación de voluntad de un funcionario, órgano o persona en ejercicio de la función administrativa con el propósito de producir efectos jurídicos, el hecho administrativo es el acontecimiento involuntario o voluntario con consecuencias jurídico–Administrativas; y la operación administrativa, como sostuvo el Consejo en sentencia del 14 de junio de 1961, invocada por el Tribunal, "no es más que una decisión no exteriorizada, seguida de los actos materiales de ejecución. Esa resolución no se ha escrito, no se ha publicado, ni se ha notificado. Simplemente se ha ejecutado. Sólo en virtud de su realización material es conocida por los particulares, en tal forma que se confunden la etapa decisoria y la de ejecución. A la inversa de lo que ocurre con el acto administrativo escrito, en el cual aparece en forma clara la situación jurídica de la administración y del particular; los motivos que se han tenido para creerla y todos los demás factores que sirven para valorar su ilegalidad y el daño que genera, su forma de cumplimiento y los procedimientos de su ejecución, en el acto administrativo tácito no se contiene elemento de juicio alguno y el único punto de referencia que ofrece es el acto material que lo ejecuta. Consiguientemente, la posición de la administración y del individuo es distinta no sólo en cuanto a la valoración jurídica de la decisión, sino en cuanto a la prueba de su existencia. Es esa la razón para que la ley estructure el contencioso contra las operaciones administrativas materiales sobre la base del acto físico de cumplimiento, único elemento demostrable, y del consiguiente daño. Sólo a través de ese acto material se puede configurar la acción y la responsabilidad. De allí que no sea necesario solicitar ni decretar la nulidad de una decisión que sólo se conoce parcialmente y por los efectos que originó su ejecución, aunque ese ordenamiento haya sido realmente contrario al derecho... De allí que en

estos casos la doctrina jurídica y el artículo 68 estructuren la responsabilidad estatal sobre la base objetiva de la falta de servicio o del riesgo creado. No hay decisión alguna que atacar, legal e ilegal, ni nulidad que proferir. . . " (Anales, Tomo LXIII, Págs. 155 y 156).

Por tanto, contra el aserto de la sentencia del Tribunal, mal puede sostenerse que en el caso sub judice se trata de acción de indemnización de perjuicios por operación administrativa del Municipio de Cali; pues, por una parte, con base en el Art. 67 del C.C.A. se acusan de nulidad actos específicos de la Junta de Planeación de Cali y se pide en consecuencia el restablecimiento del pretenso derecho y la indemnización de perjuicios, y, por otra, ni se afirmó en la demanda ni menos se comprobó en el juicio que el Municipio de Cali realizó las obras que causaron perjuicio al actor; por el contrario, que los herederos del señor Adolfo Aristizábal las efectuaron con fundamento en el permiso concedido por los actos indicados; pues, la ley no consagra operaciones administrativas mixtas, integradas por actos administrativos y obras particulares, de las cuales, según la sentencia del Tribunal, éstas sean "la consecuencia forzosa" de aquéllos, sino actos, hechos y operaciones administrativos, como actos y hechos de los particulares, sometidos a distintos regímenes jurídicos. Pero aún en la hipótesis de que fuera fundado el criterio del Tribunal, tendría razón el señor Personero Municipal de Cali al deducir de él, como consecuencia lógica, su incompetencia para conocer de la acción, que en cuanto fundada en el hecho, afirmado en la demanda, de que "con las obras autorizadas" se "obstaculiza e interfiere la explotación normal" de los yacimientos del actor, sería de indemnización de perjuicios por ocupación permanente de propiedad ajena por trabajos públicos, de conocimiento en primera instancia, cuando se presentó el libelo, según el Art. 6o., numeral 1o., del Decreto–ley No. 528 de 1964, de los Jueces Civiles Municipales, actualmente de los Civiles del Circuito (Arts. 9o. de la ley 16 de 1968, y 16, numeral 1o., del C. de P.C.), conforme a la sentencia de la Sala Plena de la Corte del 20 de junio de 1955 que declaró parcialmente inexequibles a los Arts. 261 a 268 e inexequible el Art. 269 del C.C.A., por considerar que es materia que corresponde a la jurisdicción ordinaria (G.J. Tomo LXXX, Pág. 259).

Por tanto, precisa examinar, en primer término, la legalidad de los actos acusados, como primera súplica de la demanda, de la cual las demás son consecuenciales.

3. **La legalidad de los actos acusados.** La Sala verifica que los actos acusados, en sí mismo considerados, no son violatorios de las normas invocadas como violadas, por los siguientes motivos:

a) El acto acusado del 11 de enero, confirmado por el del 15 de febrero de 1966, de la Junta de Planeación Municipal de Cali concedió permiso a los

herederos del señor Adolfo Aristizábal para construir, por el predio denominado "La Morelia", una vía pública que comunique la Urbanización "Aristi" con la parte alta del terreno "Los Cristales", condicionado a que sea aprobado por "la Sección de Cartografía de la Oficina de Planeación" (Fs. 35 y 36, C. No. 1), la cual dió su asentimiento mediante comunicación del 28 de enero de 1966 (Fs. 8 y 9, C. No. 4). Por su objeto o finalidad se trata de acto de autorización, en cuanto habilita a los solicitantes para construir la vía, si resuelven realizarla, sin que el permiso concedido les sea obligatorio (V. Sayagués Laso, Op. Cit., Pág. 415); constituye, por tanto, un acto habilitante, desde el punto de vista urbanístico, para actuar a entera libertad y responsabilidad, como todas las personas que pueden hacer todo lo que no les está prohibido (Art. 20 de la Constitución).

b) El acto acusado del 11 de enero de 1966, como el que lo confirmó del 15 de febrero del mismo año, de la Junta de Planeación Municipal de Cali, según lo expuesto, *no conlleva una decisión unilateral y obligatoria de construir la vía,* sino sólo de permitir a los solicitantes construirla. Por tanto, mal pudo violar, como se sostiene en la demanda, el derecho del actor a explotar la mina de carbón, cuyo permiso fué admitido, pero aún no concedido, por el Ministerio de Minas y Petróleos por Resolución No. 1087 del 5 de octubre de 1962 (Arts. 20, 112, 129, parágrafo, del Decreto No. 805 de 1947; 1o., literal a), y 4o. del Decreto No. 3132 de 1966; Fs. 44, C. No. 1, 271, C. No. 2), entidad que, por Resolución No. 0590 del 30 de abril de 1965, confirmada por la No. 1034 del 2 de julio de 1965, revocó la orden de cerrar la bocamina y que, mediante la Resolución No. 1033 de la fecha últimamente indicada, dió curso a la oposición que se formulara al otorgamiento del permiso con base en el alegado derecho de propiedad de la mina, según los autos, aún no resuelta (Fs. 38 a 48 y 13 V.C. No. 1, 271, C. No. 2); por lo mismo el acto acusado tampoco es violatorio de los Arts. 30 de la Constitución y 762 del C.C., relativos, en su orden, a la garantía constitucional de la propiedad privada y a la definición de la posesión, en cuanto no conlleva, ni directa ni indirectamente, ni explícita ni implícitamente, decisión alguna lesiva del invocado derecho del actor.

c) Los Arts. 11 del Decreto 805 de 1947 y 23 del Decreto 2514 de 1952 prohiben hacer concesiones o dar permisos de explotación de minas "dentro de la parte edificada de las poblaciones y caseríos" y en un área de cien (100) metros más a su contorno". Pero los actos acusados no atañen a concesiones o permisos mineros, sino a permiso para construir una vía, por lo que las normas invocadas no son aplicables al caso sub judice.

d) Tampoco es aplicable al caso el Art. 28 de la ley 153 de 1887, que prescribe que los "derechos reales adquiridos bajo una ley y en conformidad con ella, subsisten bajo el imperio de otra", por no tratarse de problema relativo a tránsito de legislación.

e) El acuerdo No. 53 de 1962 del Concejo Municipal de Cali, que el actor señala en la demanda como violado genéricamente, determina el perímetro urbano del Municipio de Cali (Fs. 10 a 13, C. No. 5), fuera del cual se encuentra "gran parte de las vías públicas abiertas a lo largo y ancho de la zona minera", según la prueba pericial decretada por el Tribunal (F. 88, C. No. 5), o el área de ubicación de la mina que explota el actor, conforme a la dispuesta por el Consejo (Fs. 313 V. y 314, C. No. 2). Pero además de la indicada informalidad, que no se señalan específicamente las normas que se estiman infrigidas ni menos el concepto de su violación, el referido Acuerdo, estimado en su valor probatorio, tampoco infirma la presunción de legalidad de los actos acusados, a saber:

I) Según los dictámenes periciales mencionados, parte del fundo denominado "La Morelia" se encuentra dentro del perímetro urbano de la ciudad, por lo que de suyo no demuestra el aserto de la demanda, que se deduce de su contexto, en el sentido de que, por encontrarse ubicada la zona donde debía construirse la vía fuera del área urbana de la ciudad de Cali, la Junta de Planeación de Cali no tenía competencia para permitirla; además si, como demuestra el dictamen pericial de la segunda instancia, "dadas las condiciones del permiso los señores Aristizábal estaban en condiciones de escoger el trazado de la vía" (F. 330, C. No. 2), por este aspecto, la autorización debe entenderse concedida para realizar la obra dentro de la zona o área comprendida dentro del perímetro urbano de la ciudad, mayormente si se trataba de "unir la urbanización" "Los Cristales" con la urbanización "Aristi" (F. 330, C. No. 2); II) Según también la prueba pericial de la segunda instancia, fuera de la vía autorizada, se ejecutaron "dos vías interiores", "dos edificaciones", "varios carreteables de penetración dentro del predio La Morelia" y "el taponamiento de varios ventanales de la mina" (F. 312, C. No. 2), obras entre las cuales pueden comprenderse "las vías públicas abiertas a lo largo y ancho de la zona minera", según el mencionado dictamen pericial de la primera instancia, que bien pudieran encontrarse, sin que el permiso las comprenda, fuera del perímetro urbano de la ciudad; III) Según la constancia del Secretario del Concejo Municipal de Cali, el Acuerdo No. 53 de 1962 está vigente "en las disposiciones no afectadas por lo dispuesto en el Acuerdo No. 49 de 1964 "sobre sectorización de las áreas urbanas y rurales del Municipio de Cali" (F. 19 V, C. No. 5), por lo que no puede tenerse como definitivo el perímetro urbano de la ciudad determinado por el Acuerdo No. 53 de 1962, sin que se hubiera solicitado y aducido al juicio copia auténtica del mencionado Acuerdo que lo modifica; IV) Mientras que el Acuerdo No. 53 de 1962 no atañe a las facultades de la Oficina de Planeación del Municipio de Cali; el Art. 4o. del Acuerdo No. 80 de 1959, "por el cual se crea la Oficina de Planeación", prescribe que las facultades que por el mismo se le asignan "surtirán efecto en todo el área del Municipio de Cali" (Fs. 38 V. y 39, C. No. 4). Por tanto,

la Junta de Planeación de Cali, aparte de lo expuesto anteriormente, a este respecto, podía autorizar la construcción de la vía.

f) Pero aún en la hipótesis de que los actos acusados no autorizaran sino que ordenaran la construcción de la vía, según la prueba pericial practicada en la segunda instancia, tampoco habrían infringido las normas invocadas ni causado perjuicio al actor, á saber:

"Las obras ejecutadas bajo el amparo del permiso concedido por la Junta de Planeación de Cali, no causaron por si mismo los perjuicios que alega el señor Arcadio Muñoz... (F. 311 V., C. No. 2). "Dadas las condiciones del permiso los señores Aristizábal estaban en libertad de escoger el trazado de la vía. Esta, cuyo objeto era unir la Urbanización "Los Cristales" con la Urbanización "Aristizábal", admitía varios trazados. Por consiguiente bien podía llevarse por sitios que no obstaculizaran los respiraderos... El taponamiento de las ventilaciones fué obra independiente a la construcción de la carretera propiamente dicha. En consecuencia los taponamientos si se efectuaron por el querer y voluntad de los constructores..." (Fs. 330 y V., C. No. 2).

g) En fin, respecto de los Arts. 16 y 17 y 23 de la Constitución, 174 y siguientes del Código de Minas, también invocados como violados, basta expresar que no se expuso en la demanda el concepto de su violación, no obstante que, según el Ord. 4o. del Art. 84 del C.C.A., se trata de requisito indispensable para que se pueda examinar si fueron o no violados por los actos acusados.

3. **La conclusión.** En conclusión de todo lo expuesto, precisa revocar la sentencia objeto del recurso de apelación y negar las peticiones de la demanda, dejando a salvo las acciones que fueren pertinentes entre particulares; en consecuencia, levantar la suspensión provisional del acto contenido en el Acta No. 148 del 11 de enero de 1966 de la Junta de Planeación Municipal de Cali, sin perjuicio de lo dispuesto por Resolución No. 241 del 4 de marzo de 1968 del Director de la Oficina de Planeación Municipal de Cali, que no está sub judice.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, resuelve:

1. **Revócase.** la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca del 29 de agosto de 1968 y *niéganse* las peticiones de la demanda, dejando a salvo las acciones que fueren pertinentes entre particulares.

2. Levantar la suspensión provisional del acto contenido en el Acta No. 148 del 11 de enero de 1966 de la Junta de Planeación Municipal de Cali, sin perjuicio de lo dispuesto por Resolución No. 241 del 4 de marzo de 1968 del Director de la Oficina de Planeación Municipal de Cali.

Publíquese, notifíquese, cópiese, y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Adhiéranse por el interesado las estampillas. Entrelíneas se valen.

Lucrecio Jaramillo Vélez — Alfonso Arango Henao — Jorge Dávila Hernández — Humberto Mora Osejo.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

SECRETARIA DE EDUCACION, SALUD Y BIENESTAR DE MEDELLIN

POLUCION DEL AIRE. "INMISSIONES". *En el Derecho Romano. En el moderno mundo industrial. Métodos para establecer un justo equilibrio entre la defensa de la naturaleza y de la salud humana y las necesidades de la Industria.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., marzo veintiuno de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Lucrecio Jaramillo Vélez.

Sesión del día diez y siete de marzo de mil novecientos setenta y dos.

Ref: 1609
Actor: Compañía de Obras Urbanas Limitada (John Quijano).
Autoridades Departamentales.

Procede resolver el recurso de apelación interpuesto por el Personero delegado en lo administrativo del municipio de Medellín contra la sentencia de 14 de mayo de 1971 del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se anulan las resoluciones Nos. 47 y 55 de 1969 del secretario de salud de Medellín.

Los hechos:

La Compañía de Obras Urbanas Limitada, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción del artículo 67 del C.C.A. solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia que hiciera las siguientes declaraciones:

1. Que son nulas las resoluciones Nos. 47 y 55 de 2 de mayo y de 25 de junio de 1969, dictadas por el secretario de Educación, Salud y Bienestar de Medellín, mediante las cuales dispuso fijar un plazo a la Compañía de Obras Urbanas Limitada para trasladar sus instalaciones industriales del sitio en donde venía operando a otro lugar de la ciudad, que señalará el departamento administrativo de Planeación de Medellín, con la advertencia de que, si el traslado no se verifica, la sociedad deberá pagar una multa de $50.000.oo, convertibles en arresto;

2. Que, como consecuencia de la nulidad anterior, se restablezca a la sociedad demandante en su derecho, disponiendo que podrá continuar sus labores industriales en las actuales instalaciones;

3. Subsidiariamente, para el caso de que no se anulen las resoluciones, se

disponga la indemnización integral a la sociedad por todo perjuicio ocasionado con el traslado;

4. Subsidiariamente también, se pide que, de no declararse integralmente la nulidad de las resoluciones acusadas, éstas se anulen, en lo referente a las multas, por exceder su cuantía los límites autorizados por la ley y las ordenanzas para exigir cauciones e imponer multas.

Tales peticiones se basan en los siguientes hechos:

a) La sociedad "Compañía de Obras Urbanas Limitada" (que en las resoluciones se denomina "Asfaltadoras Urbanas Limitada"), constituída por escritura No. 7481 de 16 de octubre de 1951, ha venido operando en la ciudad de Medellín en la producción de mezclas asfálticas; funciona en un edificio construído para tal fin, situado en la calle 62 con carrera 56, No. 56–56. El local en donde funciona fué construido con el fin específico de producir allí mezclas asfálticas, con licencia del plano regulador de Medellín y con permiso de funcionamiento y patente de sanidad que se han revalidado en varias ocasiones. La sociedad no sólo ha procurado observar las condiciones de funcionamiento que originalmente se le impusieron, sino que posteriormente ha tomado todas las precaucions higiénicas aconsejables para evitar que los escapes de gases, humos, vapores y polvos provenientes de sus chimeneas contaminen el aire y causen perjuicios a los vecinos.

b) Ante las resoluciones acusadas la sociedad ofreció mejorar sus sistemas de purificación hasta donde fuera posible, pero la Secretaría de Salud y Bienestar desechó la propuesta y, en forma irreductible e inapelable, dispuso el traslado de las instalaciones de la Compañía a otro sitio, no obstante no existir en Medellín zona específica demarcada por la planeación municipal para localizar esta clase de industrias.

c) A pesar de todo, la Compañía procedió a mejorar sus técnicas para evitar la contaminación del aire en forma satisfactoria, como lo reconoce el vecindario en memorial dirigido al Secretario de Salud y Bienestar, memorial que se acompaña a la demanda;

d) Advierte el demandante que la actuación del secretario de Educación, Salud y Bienestar en relación con la contaminación del aire sólo ha operado contra tres pequeñas empresas y que otras grandes empresas situadas en el mismo perímetro urbano de Medellín no han sido afectadas en nada. Advierte también que el traslado de la fábrica, en realidad, equivale al cierre de la misma, porque en cualquier parte de la ciudad o en sus alrededores sus chimeneas expedirán humo lo cual provocará la reacción de los vecinos.

Según el actor, las resoluciones acusadas son nulas (1) por falta de competencia del secretario de Educación, Salud y Bienestar de Medellín para dictarlas (2) por violar los artículos 30, 32 y 39 C.N. que garantizan la propiedad privada y la libertad de industria y comercio. Ambos puntos de vista están ampliamente fundamentados

Además, el señor apoderado de la parte impugnadora, en su alegato de segunda instancia, alega (3) la falta de legitimación de la causa, en relación al interés jurídico del actor, opinión que adopta el señor fiscal de esta Corporación el cual solicita una sentencia inhibitoria.

Por último, la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia estudia el punto (4) de si la vía gubernativa fué agotada en el caso sub judice.

En esta sentencia se examinarán, uno por uno, estos cuatro puntos.

(1) Agotamiento de la vía gubernativa.

La resolución No. 47 de 1969, en su artículo 2o. dijo:

> "Contra la presente resolución procede únicamente el recurso de reposición ante este despacho, que podrá interponerse dentro de los tres días siguientes a su notificación".

Interpuesto este recurso, fué negado por medio de la resolución No. 55 de 1969.

Ahora bien, el funcionario que dictó dichas resoluciones cometió un error, al afirmar que contra la primera sólo cabía el recurso de reposición y que con él se agotaba la vía gubernativa. En efecto, conforme al decreto 2785 de 1956 "las resoluciones que dicten los directores municipales de higiene son apelables ante los directores departamentales o intendenciales de higiene".

Ahora bien, como lo dice el Tribunal Administrativo de Antioquia, "el error de la Administración, al advertir en la notificación que no procedía recurso jerárquico no puede tornarse en sanción procesal contra el particular", con lo cual está de acuerdo esta Sala. Este es uno de los casos en que el conocimiento de la ley no se presume y con razón, puesto que muchas veces se trata de actos locales, cuya reglamentación debe ser advertida a las partes.

(2) Incompetencia del funcionario que dictó el acto acusado.

En concepto del actor, la policía local, en materia de higiene, corresponde a las asambleas departamentales y en ningún caso a los alcaldes y mucho menos a sus secretarios.

Pero este punto de vista es erróneo. En primer lugar, aquí no se trata de una disposición abstracta y general, que puede corresponder a la asamblea, sino de una medida concreta, que evidentemente corresponde a la rama ejecutiva. Por otra parte, los secretarios de higiene o salud a nivel departamental o municipal tienen un régimen especial que los convierte en jefes superiores del ramo, para convencerse de lo cual es suficiente citar la ley 120 de 1937 (arts. 3 y 4); el decreto 1979 de 1949 reglamentario de la ley anterior (art. 6 y 7); y los decretos 3117 de 1953 y 72 de 1950.

De la comparación de estas disposiciones surge claramente que el secretario de educación, Salud y Bienestar de Medellín era competente para dictar las resoluciones acusadas. El cargo, por consiguiente, no prospera.

(3) Falta de interés jurídico y de legitimación en la causa por parte del demandante.

La hacen consistir el señor apoderado del municipio y el señor fiscal en que las resoluciones acusadas se refieren a la persona jurídica llamada "Asfaltadoras Urbanas Limitada", y que el juicio lo ha sostenido una sociedad denominada "Compañía de Obras Urbanas Limitada". Al no aparecer una relación jurídica entre esas dos sociedades, faltaría "el presupuesto procesal de legitimación de la causa", porque "Obras Urbanas Limitada "no puede actuar a nombre de "Asfaltadoras Urbanas Limitada".

De la lectura atenta del expediente aparece que lo que hay en realidad es un error de nombre por parte del funcionario que dictó las resoluciones acusadas y que no se trata de dos personas jurídicas diferentes, sino de una misma.

En efecto, así lo confiesa el mismo demandante, cuando, a folios 1o. vto., dice que "la Compañía Obras Urbanas Limitada, auncuando con distinto nombre del que se le denomina en las resoluciones del secretario de Salud de Medellín, etc. "Por otra parte, la fábrica se identificó plenamente en la inspección judicial verificada por el Tribunal Administrativo de Antioquia y los peritos.

Por otro lado, si el Consejo de Estado se declarara inhibido, como lo pide el señor representante del municipio, eso no significaría sino que las resoluciones acusadas serían inoponibles a la Compañía Obras Urbanas Limitada, puesto que ellas se referirían a una compañía industrial distinta.

Esta Sala prefiere atenerse a la verdad, o sea que las compañías Obras Urbanas Limitada y Asfaltadora Urbanas Limitada son una misma.

(4) Violación de los artículos 30, 32 y 39 C.N.

Alega el actor que las resoluciones acusadas violan los artículos 30, 32 y 39 C.N. que garantizan la propiedad privada y la libertad de empresa e iniciativa privadas dentro del bien común.

Por otra parte, la medida tomada por el secretario de Salud del municipio de trasladar la fábrica de asfalto a otro lugar se basa en la polución del aire producida por el funcionamiento de esa industria con los peligros inherentes para la salud de los vecinos.

Es el viejo problema de las "inmissiones" de que ya se ocupaban los juristas romanos. Ellos opinaban que todo propietario debía permitir las inmissiones o emanaciones que provinieran de fundos ajenos, producidas por el uso normal de una cosa por parte del vecino. El propietario debía permitir la inmissio producida por el humo al cocinar, pero no estaba obligado a permitir una inmissio producida por el ejercicio de una actividad industrial; para los juristas de ese entonces el uso normal era aquél que estaba dictado por las necesidades familiares (Derecho Romano, tomo I, pág. 134 L. Jaramillo Vélez).

Con esta regla se podía vivir en la sencilla civilización antigua, pero es evidente que ella no puede aplicarse al moderno mundo industrial, en el cual las máquinas ocupan un lugar tan importante. Hoy, los propietarios tienen que recibir más inmissiones de las que tenían que recibir antes de la era industrial. En cambio, el poder público ha tenido que intervenir por medio de leyes, para tratar de establecer un justo equilibrio entre la defensa de la naturaleza y de la salud humana frente al progreso industrial, para no permitir que éste destruya a aquélla.

Este equilibrio entre la defensa de la naturaleza frente a las necesidades de la industria se consigue mediante varios métodos, como son la zonificación del territorio, dentro de la cual las industrias peligrosas se ubican en determinadas regiones en donde causen un mínimo de daños; el uso de modernos aparatos, como filtros y otros, que eviten la polución del aire, y del agua. Y solamente, cuando con ninguno de estos métodos pueda remediarse el mal, podrá llegarse al recurso extremo del cierre definitivo de la fábrica peligrosa para el ritmo normal de la naturaleza o la salud y bienestar de los habitantes.

Todas esas medidas deben graduarse con la mayor prudencia en cada caso concreto, "limitándose a lo estricto necesario y guardando una proporcionalidad entre el medio escogido y el fin por obtenerse", como bien lo dice el Tribunal Administrativo de Antioquia.

En el caso sub judice, procede en primer lugar el examen de las pruebas.

Cuaderno de pruebas del municipio:

a) A folios 55, se encuentra un certificado del jefe de salud ocupacional del servicio Seccional de Salud de Antioquia, de fecha 14 de marzo de 1970, del cual se desprende que la contaminación del aire por empresas del tipo Urbanas Limitada, produce molestías a los vecinos, por estar ubicada dentro del perímetro urbano y carecer de sistemas adecuados de control de hollín, gases de combustión, cenizas y humo; que también pueden ocasionar enfermedades del tipo peneumoconiosis en los trabajadores de la planta de tales empresas; que la empresa Urbana Limitada solamente dispone de un solo sistema de control para el polvo y no dispone de ningún sistema de control para los humos emanados de la caldera; que la oficina de salud ocupacional todavía no ha realizado ningún estudio técnico sobre la contaminación del aire en Medellín, por carecer de los recursos adecuados.

b) A folios 75, obra un informe de los peritos médicos nombrados por el Tribunal para representar al municipio de Medellín. De ese informe se desprende: (1) el trabajo que se lleva a cabo en Urbanas Limitada produce humo en abundancia, gases tóxicos y aire cargado de cuerpos extraños que producen irritación en los ojos, rinitis, tos, traqueitis, agravan los problemas bronquiales, asmáticos y cardiacos, crean malestar y disgusto, ensucian las casas, ropas y muebles, dando un aspecto de desaseo y de descuido. (2) los equipos utilizados por Urbanas Limitada para evitar la contaminación del aire muestran algunas deficiencias, pero opinan que con ciertos arreglos en los equipos actuales es posible disminuir el porcentaje de los efectos nocivos. (3) creen que la calización actual es inconveniente, pero reconocen que Urbanas Limitada tiene permiso para funcionar en el local actual, que ha recibido visitas periódicas de las oficinas de sanidad y que en ellas se le ha dado el visto bueno.

Del cuaderno de pruebas del demandante:

a) El concepto de los peritos nombrados por el Tribunal, para representar al demandante a folios 17 a 19 es el siguiente:

1. Urbanas Limitada funciona en ese lugar desde principios de 1954, con licencia de las respectivas autoridades. La fábrica ocupa una superficie de una hectárea y no está completamente aislada del barrio;

2. Existen dos tanques de agua que hacen que los escapes se purifiquen parcialmente. Esta purificación no es perfecta, ya que deja escapar al aire por lo menos un 30o/o de polvo e impurezas. Existe una chimenea que carece en

absoluto de sistemas de purificación de los humos. Estos sistemas podrían mejorarse;

3. Las emanaciones que se suceden por la combustión de gasolina y carbón mineral de las plantas asfálticas son igualmente perjudiciales a la salud que las emanaciones producidas por otros establecimientos industriales;

4. Opinan los peritos que los escapes de materias peligrosas pueden purificarse totalmente empleando sistemas más perfectos de los que emplea la fábrica en la actualidad.

5. Por último, conceptúan los peritos que el desmonte de las actuales instalaciones de Obras Urbanas Limitada y el traslado a otro lugar vale un total de $519.000.oo.

b) Las declaraciones de testigos, que obran a folios 10 y ss. son contradictorias. En efecto, mientras los dos primeros testigos, presentados por el demandante, dicen que, con los arreglos hechos recientemente por la fábrica, ya no hay ninguna clase de perjuicios, los cinco últimos testigos, presentados por el municipio, afirman que dichos perjuicios subsisten y que ellos consisten en los quebrantos de salud producidos por las emanaciones de la fábrica, tales como gripas, bronquitis, ardor en los ojos etc. y, por otra parte, en la suciedad que esas emanaciones dan a las casas, muebles y vestidos de los vecinos.

A folios 19 del cuaderno principal, obra un memorial firmado por muchos vecinos, en el cual informan que, con motivo de las reformas hechas en la fábrica, han cesado las molestias debidas al polvo que antes producía.

De todas estas pruebas pueden sacarse las siguientes conclusiones:

1. Que la fábrica "Obras Urbanas Limitada" comenzó a funcionar en el sitio que hoy ocupa en el año de 1954, con licencia de las autoridades competentes; que en ese entonces el lugar estaba poco habitado, pero que en el momento actual está rodeado en varias partes por casas de habitación.

2. Que la fábrica ha recibido visitas de los directores de higiene y salud del departamento, los cuales le han dado licencia para seguir funcionando, exigiendo, sin embargo, el empleo de algunos métodos para evitar la polución del aire;

3. Que la fábrica tiene algunos dispositivos para evitar esa polución y las molestias que ella ocasiona a los vecinos, pero que esos dispositivos no son suficientes y que podrían mejorarse hasta eliminar totalmente la contaminación.

4. Que en el municipio de Medellín no se han hecho estudios sobre el grado de la contaminación del aire, por carecer de los recursos adecuados y que la contaminación producida por la fábrica en cuestión es por lo menos igual a la producida por otras fábricas situadas en el valle de Medellín y en ubicaciones similares a Urbanas Limitada.

5. Que en la zonificación de Medellíno no existen lugares señalados para el funcionamiento de fábricas de asfalto; que el traslado de la presente fábrica valdría la cantidad de $519.000.oo.

Por todo lo dicho, esta Sala piensa, de acuerdo con el Tribunal Administrativo de Antioquia, que las resoluciones acusadas van más allá de lo que era estrictamente necesario. En efecto, parece lo más prudente exigir, en primer lugar, a la Compañía "Obras Urbanas Limitada" el uso de dispositivos que eliminen en lo posible toda contaminación del aire y ponerle un plazo para que así lo haga. Si nó lo hace, se puede tratar del traslado de la fábrica a un lugar donde no cause perjuicios.

Por consiguiente, de acuerdo con el artículo 69 del C.C.A., el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera) administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Se reforma la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, así:

1. Se confirma la sentencia, en cuanto anula las resoluciones acusadas;

2. La sociedad "Compañía de Obras Urbanas Ltda" puede continuar desarrollando sus labores industriales en las actuales instalaciones y tiene la obligación de eliminar la contaminación del aire de acuerdo con la ley (artículo 587 decreto 1371 de 1953) en las condiciones y plazos que le fije la autoridad competente en el municipio de Medellín.

3. También se confirma la sentencia, en cuanto niega las demás peticiones de la demanda.

4. Revalídese el papel común.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Lucrecio Jaramillo Vélez — Alfonso Arango Henao — Jorge Dávila Hernández — Humberto Mora Osejo.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

TITULO IV

Indemnizaciones

CAPITULO UNICO

Responsabilidad Extracontractual

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR TRABAJOS PUBLICOS

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TRABAJOS PUBLICOS. La competencia para conocer de esta clase de negocios, cualquiera que sea su cuantía, cuando el demandado sea el Estado o un establecimiento público del orden nacional, obviamente la tiene el Consejo de Estado de acuerdo con el mandato del artículo 261 del C.C.A.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección tercera - Bogotá, D.E., febrero veinticinco de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Alfonso Castilla Saiz.

Ref. Exp. No. 1236
Indemnizaciones. Actor: Luis Eduardo e Ignacio Builes Correa, Contra el Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

El presente negocio llegó a esta Corporación en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de fecha 4 de agosto de 1971 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia por medio del cual se ordenó pasar el proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca "organismo competente para continuar su trámite".

Se trata de una demanda instaurada ante el Tribunal Administrativo de Antioquia por los señores *Luis Eduardo* e *Ignacio Builes Correa* contra el establecimiento denominado *Fondo Nacional de Caminos Vecinales,* enderazada a conseguir el reconocimiento o indemnización por trabajos públicos, con fundamento en el Capítulo XXII del C.C.A., en cuantía de $80.000.oo.

Surtido el trámite ordenado para estos casos en el artículo 359 del C. de P.C., el señor Fiscal 2o. de la Corporación, Dr. *Gilberto Gartner,* solicita en anterior escrito la revocatoria del auto proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia de fecha 11 de noviembre de 1971, por medio del cual concedió el recurso de apelación interpuesto contra el auto del mismo Tribunal de 4 de agosto del mismo año. Funda la solicitud el señor Fiscal en lo preceptuado en el artículo 140 del C. de P.C., que en su parte pertinente dice; "Siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime conveniente, esta decisión será inapelable. . . "

El Tribunal de Antioquia admitió la demanda por considerarla de su competencia en razón de la cuantía "gracias a los factores subjetivo y territorial", "según mandato del artículo 32, ordinal 2o., literal e) de la ley 16 de 1969 pero ahora y con motivo de la vigencia del nuevo Código de

Procedimiento Civil (Decreto No. 1400 de 1970), la ha perdido en el presente caso".

El Tribunal está en un error, la competencia para conocer de esta clase de negocios, cualquiera que sea su cuantía, cuando el demandado sea el Estado o un establecimiento público del orden nacional, obviamente la tiene el Consejo de Estado de acuerdo con el mandato del artículo 261 del C.C.A. que dice: "Las indemnizaciones que se reclamen del Estado por causa en trabajos públicos nacionales, se deciden en una sola instancia por el Consejo de Estado, *cualquiera que sea el valor de lo reclamado*". (Subraya la Sala). Esta es una norma de carácter especial que no fué modificada por el Decreto 528 de 1964, y como especial que es prima sobre cualquiera otra. Por esta razón la competencia para conocer del presente negocio no está radicada en el Tribunal de Cundinamarca, como lo dice el auto recurrido.

Por lo expuesto, la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado

RESUELVE:

Revócase el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Revalide la parte actora el papel usado en la actuación.

Este auto fué aprobado por la Sala en la sesión verificada el 24 de febrero de 1972.

Gabriel Rojas Arbeláez — Alfonso Castilla Saiz — Osvaldo Abello Noquera — Carlos Portocarrero Mutis.

Víctor M. Villaquirán M.
Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION POR FALLA DEL SERVICIO. Debida a mala aplicación o interpretación de la ley hecha por funcionarios de la Contraloría General de la República al practicar mal las visitas fiscales a los funcionarios de manejo, causándoles perjuicios como consecuencia de su detención preventiva, investigación penal por supuesto delito, destitución en el cargo.

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION POR "EL ERROR JUDICIAL". Por causa de actos jurisdiccionales dictados por Visitadores Fiscales de la Contraloría General de la República, investidos del doble carácter de funcionarios administrativos y de instrucción criminal, al practicar visitas fiscales a funcionarios de manejo, que les originan perjuicios con la detención preventiva, la sindicación y la investigación penal por supuesto delito. Estos perjuicios no pueden desvincularse del acto jurisdiccional, pues, no se ve cómo pueda resultar la relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño, prescindiendo de aquél. La Administración no es responsable por los perjuicios derivados de haber dado cumplimiento a los artículos 10 y 11 del C. de P.P. La Ley consagra la responsabilidad por "el error judicial" a cargo del funcionario autor del acto jurisdiccional y no de la Administración (Artículo 40 C.P.C.).

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo -- Sección tercera – Bogotá, D.E., marzo tres de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Carlos Portocarrero Mutis.

(Ref. Expediente No. 1133.
Ordinario Indemnizaciones.
Actor: Alfonso Lombo Ortega.

(Fallo discutido y aprobado en la sesión del día veinticuatro de febrero de mil novecientos setenta y dos.

El señor *Alfonso Lombo Ortega* por medio de apoderado e invocando el art. 68 del C.C.A. instauró juicio ordinario contra la Nación para que se declare responsable y se le condene al pago de los perjuicios causados al demandante "con motivo de la cadena de actos que comprende la operación administrativa llevada a cabo por funcionarios adscritos a la Contraloría General de la República dentro del tiempo comprendido entre el 9 de febrero de 1962 y el 13 de septiembre de 1966" según la relación de hechos que se detallan en el libelo y los cuales pueden sintetizarse así:

El Ministerio de Justicia nombró al señor Alfonso Lombo Ortega, Pagador, Grado 8, de la Isla Prisión de Gorgona, por medio de la Resolución No. 2398 del 28 de julio de 1961, cargo del cual tomó posesión el 16 de julio del citado año. El 23 de agosto de 1961 le fue entregada la Oficina por el señor

Ernesto Barón Ceballos. El 9 de febrero de 1962 un Visitador de la Contraloría General de la República inició la práctica de una visita fiscal a las Oficinas de la referida Pagaduría de la Isla Prisión de Gorgona. Como resultado de tal visita se encontró un faltante de $7.642.70 m/cte., motivo por el cual se ordenó la detención preventiva del señor Lombo Ortega, se abrió la correspondiente investigación penal por un supuesto delito de peculado y su destitución del cargo que venía desempeñando como pagador de la Isla Prisión de Gorgona mediante Decreto No. 432 del 21 de febrero originario del Ministerio de Justicia. El señor Lombo Ortega permaneció detenido en la misma Isla desde el 18 de abril de 1962 hasta el 17 de diciembre del mismo año, cuando fue traslado a la Cárcel de Popayán, establecimiento en el cual permaneció preso hasta el mes de marzo de 1963.

Del proceso penal correspondiente conoció el Juez 3o. Superior de Popayán, quien en providencia del 15 de marzo de 1963 sobreseyó temporalmente a favor del señor Lombo Ortega, por haber sido demostrado plenamente que el pagador que ocupaba el cargo con anterioridad a Lombo, señor Ernesto Barón Ceballos era el responsable de los dineros faltantes "y que parece no tener muy buena voluntad con su sucesor. . . "

El Juzgado Promiscuo Unico de Popayán en providencia de 7 de diciembre de 1965 ordenó la cesación de todo procedimiento en contra de Lombo Ortega, aduciendo la razón de que el hecho imputado al sindicado "no ha existido". Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Popayán el 22 de febrero de 1966. Después de largos trámites administrativos, la Contraloría General de la República en el citado año de 1966 expedió un finiquito a favor del señor Lombo Ortega. Por tanto, durante "mas de cuatro años consecutivos, el señor Lombo Ortega estuvo pendiente de la justicia, su patrimonio moral fue envilecido, sus recursos económicos agotados, aislado socialmente, sin tener manera de conseguir trabajos para atención de su subsistencia y la de sus familiares, todo ello debido a los celos malintencionados de funcionarios públicos que gozan sádicamente del mal ajeno".

Como disposiciones violadas cita el demandante los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional. Estima, por otro lado, la cuantía del negocio en la suma de $300.000.oo "como indemnización que debe decretarse a favor de Lombo Ortega y en contra de la nación".

El señor Fiscal de la Corporación, Dr. Gilberto Gartner en su concepto de fondo es de parecer que debe accederse a las peticiones de la demanda.

No encontrándose causal de nulidad alguna que invalide lo actuado se procede a resolver en el fondo, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Tanto el apoderado del actor en su alegato de conclusión como el señor Agente del Ministerio Público al emitir su concepto, con raciocinios en el fondo similares, coinciden al afirmar que en el caso sub-lite se presenta la figura denominada "falla del servicio" que la hacen consistir en una serie de hechos y operaciones administrativas realizados por funcionarios de la Contraloría General de la República que le causaron graves perjuicios al actor.

En efecto: el apoderado del señor Lombo Ortega después de citar varias sentencias del Consejo de Estado en donde se fijan los presupuestos necesarios para poder proferir un fallo condenatorio y de hacer nuevamente una relación de los hechos que en forma sucinta al comienzo de esta providencia, se expresa en los siguientes términos:

> "Lo relatado anteriormente constituye la existencia del hecho o sea falla en el servicio, por cuanto el Visitador de la Contraloría usando maliciosamente de las atribuciones que el ejercicio del cargo le conferían procedió a levantar una investigación penal contra el señor Lombo Ortega deduciendo un alcance que jamás existió como se halla comprobado en los documentos tanto referentes a providencias judiciales como de la misma Contraloría General de la República que al expedirle el finiquito definitivo expresó que no había ningún alcance en contra de Lombo Ortega y que administrativamente tampoco era responsable de nada".

En relación con el daño o perjuicio sufrido por el actor, se expresa así:

> "Daño o perjuicio sufrido por el actor. Este consiste en irrogarle a Lombo Ortega la ejecución de un delito que nunca cometió y que dio lugar a una detención injusta por largo tiempo tanto que en la Isla Prisión de Gorgona como en la Cárcel de Popayán donde duró hasta cuando fue excarcelado que primeramente conoció del negocio (sic). Pero este daño prosiguió ante la Justicia Penal hasta cuando ésta lo exoneró de la responsabilidad con la aplicación del art. 163 del C. de P.P. Aún más, prosigue el daño palpablemente hasta cuando la Contraloría General de la República que le expidió el finiquito definitivo a Lombo Ortega donde le dijo (sic) que fiscal y administrativamente nunca había tenido responsabilidad alguna y que jamás existió el alcance que le dedujo el Visitador de la Contraloría. Hasta aquí lo concerniente a esa cadena de ignominias (sic) que le atribuyeron a Lombo Ortega pero de ahí en adelante hasta cuando el H. Consejo de Estado resuelve sobre la responsabilidad que le pueda caber a la Nación por toda la serie de actos ejecutados por sus agentes en su calidad de funcionarios de la Contraloría General de la República termina el calvario a que ha sido sometido mi poderdante. Y las secuelas que por todo ésto le han quedado a Lombo Ortega en el orden moral son inmensas, porque fuera de los daños materiales que consisten en la privación de ganarse el sustento diario para él y para sus familiares durante todo ese tiempo, lo han

deprimido hasta el extremo de que no ha vuelto a ejercer ningún cargo y principalmente las funciones de contador en que es experto por carecer de la certificación policiva por cuanto estaba reseñado ante esas autoridades y no podía exhibir tal documento a las entidades o personas que prometían trabajo, requisito que es esencial para poder ocupar cargos de esta naturaleza".

Y en cuanto a la relación de causalidad entre el hecho "falla del servicio" y el perjuicio, dice el demandante:

"... el acto que dio lugar a la investigación contra Lombo Ortega fue ejecutado por el señor Cárdenas López en su carácter de Visitador de la Contraloría General de la República, es decir en uso de esas atribuciones no por una venganza personal o por algún motivo que diera lugar a pensar que lo cometido por Cárdenas López nada tenía que ver con el ejercicio de sus actividades como funcionario de la Contraloría General de la República. Ahora bien: el Juzgado Promiscuo Unico de Popayán en la providencia del 7 de diciembre de 1965 dijo 'Que no hay delito alguno imputable a Alfonso Lombo Ortega y es de rigor declararlo en la sentencia del art. 163 del C. de P.P., y para reparar el daño que se le haya podido causar con esta investigación que no tuvo otro origen que el desacuerdo o desaveniencia entre Pagador y ex–Pagador de la Isla Prisión de Gorgona y el exceso de celo por parte de la Sección de Visitador (sic) que legalizó parcialmente una cuenta, *no pudiendo fraccionar éste en la forma como lo hizo,* máxime, como sí aparece, *los efectos habían ingresado al patrimonio del Estado,* como se reconoce en la providencia que pone fin a la actuación contable y que servirá para descargar toda responsabilidad penal al acusado". El Juzgado terminó así: 'declarar que el hecho imputado a Alfonso Lombo Ortega... *no ha existido...* ' Dicha providencia fue consultada ante el Superior, que con fecha 22 de Febrero de 1966 confirmó lo dictado por el inferior.

"En el mismo finiquito de la Contraloría expedido a favor de Lombo Ortega se dice que la suma que le dedujeron por alcance había ingresado a las arcas del Estado o sea al patrimonio público cuando se practicó la visita a mi poderdante y que los funcionarios de la Contraloría fraccionaron la suma contentiva de alcance injustamente deducido a Lombo Ortega sin que debiera haberse hecho ésto porque el mismo Juzgado que puso término al proceso penal lo dice muy claramente en la providencia cuyo aparte se acaba de transcribir".

Por su parte, el señor Fiscal 1o. de la Corporación al emitir su concepto dice:

"Si en el caso de autos, se trata de la acción indemnizatoria que consagra el art.68 del C.C.A. para cuando, por causa de una falta o falla del servicio público se causa perjuicio a un particular. Dicha falla, que al tenor de lo dispuesto por el artículo 30 del Decreto 528 de 1964 puede consistir o provenir de actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, genera para la administración una responsabilidad directa. Pero para que se configura (sic) tal responsabilidad, es indispensable demostrar previamente: 1o. La existencia del hecho (falla del servicio). 2o. El daño o perjuicio sufrido por el actor, y 3o. La relación de causalidad entre el primero y el segundo.

"En el presente caso, el primero de tales elementos consistió en el conjunto de actos y operaciones administrativos (no en una operación administrativa como lo afirma el señor apoderado, ya que ésta consiste en la ejecución de un acto administrativo, pero no en una suma de actos de esa índole) emanados de funcionarios adscritos a la Contraloría General de la República y al Ministerio de Justicia, concretamente a la Isla Prisión de Gorgona. Dichos actos tuvieron como resultado, que el demandante, señor Alfonso Lombo Ortega fuera destituído de su cargo como Pagador de la citada prisión, que se le iniciara una acción penal por presunto peculado, que fuera privado de su libertad y puesto preso, y que en síntesis se le causaran graves perjuicios de índole moral y material, durante el tiempo comprendido entre los años de 1962 y 1966. Según se desprende de las copias de las sentencias penales allegadas al expediente, al señor Lombo se le había señalado como culpable de un faltante de $7.642.70 en las cuentas por él administradas, durante la visita fiscal que le fue practicada por funcionarios de la Contraloría, siendo la realidad que dicho faltante se había producido cuando su antecesor era responsable de dichas cuentas o dineros. De las citadas sentencias se desprende también, lo mismo que de las demás pruebas que obran dentro del juicio, que el señor Lombo no solamente no era responsable de tal faltante, sino que los funcionarios encargados de la visita y del trámite administrativo posterior obraron de manera arbitraria y dolosa con el único fin de perjudicarlo, o por lo menos en forma negligente y sin los suficientes elementos de prueba contra él.

"Es más, las relaciones entre el señor Lombo y su antecesor eran tirantes y poco cordiales, y éste, que se encontraba estrechamente 'vinculado a funcionarios de la Contraloría le hizo el juego a Lombo Ortega para hacerlo aparecer como responsable de un alcance'. De otra parte, el finiquito expedido por la misma Contraloría años más tarde, señaló o estableció que el (sic) demandante 'no le aparecen cargos de carácter fiscal y administrativo'. La justicia penal lo sobreseyó definitivamente de los cargos formulados por presunto delito de peculado. Por tanto, la Fiscalía considera que se encuentra plenamente demostrada la existencia del primero de los elementos que configuran la responsabilidad administrativa, ya que los agentes o funcionarios encargados del asunto, obraron con dolo o negligencia, en todos los actos o ejecución de los mismos, relacionados con el estado de las cuentas y dineros manejados por el señor Lombo. Y es evidente que tales dolo o negligencia, constituyen una falla del servicio.

"La existencia del segundo de los elementos que configuran la responsabilidad administrativa, es decir del daño o perjuicio sufrido por el demandante también se encuentra a juicio de la Fiscalía debidamente probada. En efecto, ser destituído de un cargo sin justa causa, ser acusado de un delito sin suficientes o ninguna clase de elementos de prueba, encontrarse privado de su libertad y de su sueldo, son hechos que afectan y lesionan de manera sumamente grave el patrimonio económico y moral de una persona y de su familia. Y todos estos hechos han sido demostrados dentro del juicio. Lo mismo debe decirse del tercero de tales elementos, del nexo causal directo e inmediato entre el primero y el segundo".

Como lo anotan, tanto el señor apoderado del actor como el señor Agente del Ministerio Público, los hechos que dieron origen a la demanda se

encuentran plenamente demostrados en el expediente. Vale decir, que obran allí en copia auténtica tanto las Actas de Visita practicadas por funcionarios de la Contraloría General de la República como las Resoluciones que se produjeron a lo largo de la investigación, así como las sentencias del Juzgado Promiscuo Unico de Popayán y del Tribunal Superior de aquella ciudad que ordenaron cesar todo procedimiento en contra de Lombo Ortega por aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. Dado este elemento previo, la *Sala* debe estudiar, en primer término, la calificación jurídica que ha de darse a ese conjunto de manifestaciones de la voluntad de la Administración.

En primer término la *Sala* observa que si bien tanto el apoderado del actor como el señor Agente del Ministerio Público hablan de "operaciones administrativas", la demanda debe ser interpretada de acuerdo con los hechos allí expuestos y según ellos, lo que dió origen al presente juicio fue, en primer término, la visita practicada por funcionarios de la Contraloría "en las oficinas de la Pagaduría de la Isla Prisión de Gorgona", visita que, como se dice en el finiquito definitivo a favor del actor, estuvo mal practicada. En otras palabras, la misma Administración en este último acto reconoció la propia "falla del servicio", imputable a negligencia, descuido o culpa de unos funcionarios oficiales.

En el lapso comprendido entre el Acta de Visita y el Finiquito, la Administración, produjo una serie de actos y operaciones, en cascada, en los cuales se deducía un alcance en contra del señor Lombo Ortega.

Debe anotarse que a la precitada "acta de visita" no puede propiamente dársele el calificativo de un "acto administrativo", por cuanto no encuadra con la de función de éste; o dicho de otra manera, no constituye propiamente la exteriorización de la voluntad de la Administración que produce efectos de derecho (en este caso de carácter individual y concreto).

Es cierto que el arqueo y la visita practicados en la Pagaduría de la Isla Prisión de Gorgona son producto de la aplicación de derechos y obligaciones previamente regulados por un acto administrativo (de carácter general), pero aquéllos —arqueo y visita— no pueden calificarse de actos administrativos "per sé" puesto que allí sólo se dejaba constancia de una serie de hechos objetivos o externos.

Estos arqueo y visita que, como anteriormente se dijo, la misma Contraloría al cabo del tiempo reconoció que estaban mal hechos (en otras palabras reconoció la falla o falta en el servicio) engendraron una serie de actos, el primero de los cuales fue el Fenecimiento con alcance en contra del actor, acto contra el que se interpusieron los recursos legales del caso, resueltos desfavorablemente, hasta terminar por último con el reconocimiento expreso

de la inocencia de Lombo Ortega y el consiguiente Finiquito definitivo a su favor.

En el interregno el actor fue sometido a prisión, en virtud de un auto de detención, con los consiguientes perjuicios cuya indemnización demanda.

Ahora bien; si la causa de todo este proceso tuvo su origen, como anteriormente se dijo, en el arqueo y visita a la Pagaduría de la Isla Prisión de Gorgona, aplicando el aforismo de que "la causa de la causa es causa de lo causado", necesariamente debe concluirse que la causa de los perjuicios sufridos por el actor no puede hacerse consistir en un acto jurisdiccional, sino en una falla del servicio por mala aplicación o interpretación de la ley hecha por funcionarios oficiales.

Aunque parezca superfluó repetirlo, la *Sala* considera importante poner de relieve, que el daño sufrido por el actor fue causado por una "falla del servicio" consistente en una visita mal practicada a las Oficinas del Pagador de la Isla de Gorgona. Los agentes de la Administración no actuaron como debieron haberlo hecho y dedujeron un alcance en contra del señor Lombo Ortega y con ello pusieron en funcionamiento la Rama u Organo jurisdiccional, el cual necesariamente tenía que adelantar el respectivo proceso penal. Esta Rama u Organo sólo puede considerarse como el medio para producir un daño.

La "falla del servicio" se hace más patente sí se tienen en cuenta que la misma Administración lo reconoció al producir el Finiquito No. 029 de 1966 a favor de Alfonso Lombo Ortega, cuyo texto es del tenor siguiente:

"Para resolver la solicitud de Finiquito formulada a este Despacho por el señor *Alfonso Lombo Ortega,* se examinaron los libros de Contabilidad Nacional y con base en las informaciones obtenidas prescritas en la Resolución Reglamentaria número 1700 de 1957, se estableció: a) Que ejerció las funciones anotadas en el encabezamiento del presente finiquito dentro de los precitados períodos; b) Que no le aparecen cargos de carácter fiscal ni administrativo; c) Que su fianza no responde por el desempeño de ningún otro empleo; y, ch) Que por el primer cargo no el (sic) aparecen fenecimientos por no haber sido cuentadante y por el segundo sus cuentas fueron fenecidas sin alcance en la forma siguiente:

AÑO 1961 PAGADOR DE LA ISLA PRISION DE GORGONA

Septiembre	Providencia No. 3171 de Septiembre	20/65
Octubre	Fenecimiento No. 7181 de Noviembre	13/62
Noviembre	Fenecimiento No. 60802 de Abril	13/62
Diciembre	Fenecimiento No. 8580 de Diciembre	19/62

AÑO 1962

Enero	Fenecimiento No. 62485 de Junio	12/62
Febrero	Fenecimiento No. 62485 de Junio	12/62
Marzo	Fenecimiento No. 63627	1o/62
Abril	Fenacimiento No. 8250 de Diciembre	18/62

"En mérito de lo anterior esta Contraloría declara a paz y salvo con tal Tesoro Nacional al señor *Alfonso Lombo Ortega con c.c. No. 62861 de Bogotá, en su condición de Contador y Pagador de la Isla Prisión de Gorgona, Dependientes del Ministerio de Justicia,* durante los períodos indicados en el encabezamiento del presente finiquito, y ordena que la póliza número 25419 de la Compañía de Seguros La Previsora por $11.000.oo que constituyó para garantizar su manejo sea cancelada y devuelta a la Compañía de origen".

Los perjuicios sufridos por el actor aparecen igualmente demostrados en el expediente y se desprenden no sólo de las declaraciones que allí obran sino de las certificaciones del Director de la Cárcel de Popayán en donde estuvo preso el señor Lombo por algún tiempo.

La relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño sufrido surge en forma natural de lo que hasta aquí se ha expuesto.

Comprobados los tres presupuestos necesarios para poder proferir una sentencia condenatoria, resta tan sólo determinar el quantum de los perjuicios.

Los peritos en un dictamen debidamente motivado avalúan el total de los perjuicios en la suma de Doscientos treinta y dos mil quinientos treinta y seis pesos con veinte centavos ($232.536.20) M/cte. (fls. 36 a 39 del Cuaderno No. 2). Este dictamen, que por una parte no fue objetado, por otra la *Sala* lo encuentra suficientemente fundamentado e interpreta a cabalidad el perjuicio económico sufrido por el actor, quien, como consecuencia de la pérdida de su libertad y del menoscabo de su patrimonio moral injustamente afectado por actuaciones temerarias de funcionarios administrativos se ha visto, hasta la fecha, imposibilitado para procurarse el mínimum de entradas para atender a su subsistencia.

Por las razones expuestas, el *Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo– Sección Tercera,* de acuerdo con su inmediato colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero. La Nación colombiana es civilmente responsable de los perjuicios tanto materiales como morales sufridos por el señor *Alfonso Lombo Ortega* como consecuencia de los actos y operaciones administrativos realizados por funcionarios oficiales.

Segundo. En consecuencia, *se condena* a la Nación colombiana a pagar al señor *Alfonso Lombo Ortega*, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las siguientes cantidades:

a) **Por concepto de perjuicios morales**: dos mil pesos moneda corriente ($2.000.oo);

b) **Por concepto de perjuicios materiales** doscientos treinta y dos mil quinientos treinta y seis pesos con veinte centavos ($232.536.20) moneda corriente.

Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Gabriel Rojas Arbeláez — *Carlos Portocarrero Mutis* — *Osvaldo Abello Noguera* — *Alfonso Castilla Saiz* — Con salvamento de voto —

Víctor M. Villaquirán M.
Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Muy respetuosamente me aparto del criterio de la mayoría de la Sala, que informa el fallo precedente, tanto en la parte motiva como en la resolutiva, por cuanto en mi opinión pese a la argumentación que en él se hace para no consagrar jurisprudencialmente la responsabilidad de la Administración por el error judicial, tal responsabilidad en el caso de autos, de él se deriva.

En efecto, de las peticiones y de los hechos de la demanda se infiere que los presuntos perjuicios que el demandante señor Alfonso Lombo Ortega pretende que el Estado le indemnice, se derivan del hecho de haber permanecido en la cárcel, en detención preventiva, varios meses. Los hechos ocurrieron, en síntesis, así: el señor Lombo desempeñaba las funciones de Contador Pagador de la Isla Prisión de Gorgona cuando fué visitado por un Visitador Fiscal de la Contraloría General de la República, quien, a su juicio, elevó a alcance a cargo del Pagador la suma de $7.642.70. Los Visitadores Fiscales de la Contraloría General de la República tienen, por ley, el doble carácter de funcionarios administrativos y de instrucción criminal respecto de los asuntos de su competencia, de tal suerte que ellos profieren providencias de carácter jurisdiccional como son los autos cabeza de proceso, los de detención, etc. En consecuencia, un auto de detención pronunciado contra un funcionario de manejo por un Visitador Fiscal investido del carácter de funcionario de instrucción, es una providencia de carácter judicial expedida por funcionario competente. Y esto fué lo que ocurrió en el presente caso. El Visitador Fiscal, terminada la visita de carácter administrativo y en vista de su resultado, asumió las atribuciones que le dá la ley como funcionario de instrucción y dictó auto de detención contra el señor Alfonso Lombo Ortega por el presunto delito de "peculado", remitiendo luego el expediente levantado por él al Juez promiscuo único del circuito de Popayán a quien correspondía continuar la investigación. Y el señor Lombo quedó detenido preventivamente.

No solo es de rutina sino que así lo ordenan las disposiciones pertinentes, que los Visitadores Fiscales de la Contraloría General de la República practiquen periódicamente visitas a los empleados de manejo, y es frecuente el caso de que los Visitadores eleven a alcances sumas que, en el momento de la visita, el empleado de manejo no compruebe su correcta inversión, pero es asimismo normal que posteriormente y una vez aclarado el presunto alcance, la Contraloría expida el finiquito correspondiente libre de toda responsabilidad. Esto ocurre a diario, sólo que, en ocasiones, como sucedió en ésta, el Visitador resolvió asumir sus funciones de funcionario de instrucción criminal y proferir el correspondiente auto de detención, con razón o sin ella, con fundamentos jurídicos o sin ellos, pero en todo caso por

un funcionario competente. Esta providencia era susceptible de los recursos de reposición, y de apelación ante el Tribunal Superior respectivo, si el interesado no estaba conforme con élla, pero no consta que el señor Lombo hubiera hecho uso de tales recursos, a fin de que se volviera por los fueros de la justicia si los creía quebrantados. Aceptó pasivamente la providencia hasta que el juez tercero superior de Popayán, como consecuencia del auto de sobreseimiento temporal proferido con fecha 15 de marzo de 1963, decretó la libertad provisional del sindicado Lombo Ortega.

Según la petición primera de la demanda, "La Nación es responsable civil o administrativamente de los perjuicios. . . con motivo de la cadena de actos que comprende la operación administrativa llevada a cabo por funcionarios adscritos a la Contraloría General de la República. . . al ordenarse primero, por un Visitador de la mencionada Contraloría la detención preventiva de Lombo Ortega y la apertura de una investigación penal por un supuesto delito de peculado que no existió jamás. . . "

El hecho 4o. de la demanda es del tenor siguiente: Estando en el ejercicio del cargo con fecha 9 de febrero de 1962, un Visitador Fiscal de la Contraloría General de la República, se hizo presente en las oficinas donde funcionaba la Pagaduría de la Isla Prisión Gorgona, oficinas situadas en Buenaventura, con el fin de practicar visita fiscal, diligencia que se efectuó y se plasmó en acta que demuestra el resultado del arqueo inicial de fondos practicado en la Pagaduría de la Isla Prisión de Gorgona". Y el hecho 6o.: "De la continuación de la visita hecha por el funcionario de la Contraloría se dejó constancia en acta levantada al respecto y en dichas diligencias después de un análisis de las cuentas presentadas por el señor Lombo Ortega, se le dedujo un alcance en su contra por la suma de $7.642.70. . . "

Terminada la visita, el Contralor General de la República, destituyó al señor Lombo Ortega, en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción de sus empleados, pues en el acto respectivo no se adujo razón de ningun otro orden.

Dice el hecho 9o.: "Con el Acta del 12 de abril de 1962 que se expidió por los funcionarios de la Contraloría se inició el sumario que por peculado se adelantó ante la justicia penal contra Lombo Ortega, dando así noticia a las autoridades y correspondió el conocimiento del negocio al señor Juez Tercero Superior de Popayán. Iniciada la investigación, el Visitador de la Contraloría en Buenaventura la instruye. Lombo Ortega después de haber entregado los libros de bancos fué trasladado a la Isla Prisión Gorgona en donde permaneció ya como detenido desde el día 18 de abril de 1962 hasta el día 17 de diciembre del mismo año. De allí fué trasladado bajo vigilancia y puesto a las órdenes de la Dirección de la Cárcel del Distrito Judicial de Popayán en donde estuvo preso hasta el día 16 de marzo de 1963".

Terminado el estudio administrativo hecho por la Contraloría General de la República respecto del alcance deducido al señor Lombo, se revocó tal providencia y se aprobó la cuenta. Luego le fué expedido el finiquito correspondiente.

Posteriormente el juez promiscuo único de Popayán en providencia de 7 de diciembre de 1965 dió aplicación al artículo 163 del C. de P.P. y declaró que el hecho imputado al sindicado Alfonso Lombo Ortega, "no ha existido", y ordenó cesar todo procedimiento contra él. Esta providencia fué confirmada por el Tribunal Superior de Popayán el 22 de febrero de 1966.

Los perjuicios se hacen derivar, pues, de la investigación penal y de la detención por varios meses sufrida por el señor Lombo.

Al mencionar las normas violadas y expresar el concepto de su violación, dice la demanda: "Art. 16 de la Constitución Nacional. Esta norma fué violada por haber reducido a prisión a Lombo Ortega por solicitud que hiciera un funcionario de la Contraloría General de la República. . . "

Sobre la violación del Art. 20 de la Constitución dice: "Quiere lo anterior decir, que: quien no hubiere infringido la ley no puede ser perseguido, ni penado, ni mucho menos detenido. Tal es el caso sucedido al señor Lombo Ortega, contra él no existió infracción alguna para que pudiera llevársele a padecer detención injusta, por un proceso penal por peculado, que solo existió en la mente de funcionarios inescrupulosos de la Contraloría General de la República. . . "

No hay duda, pues, que la acción intentada por el señor Lombo Ortega para que la Nación le indemnice los perjuicios que dice haber sufrido, tiene como fundamento la detención preventiva sufrida por él en virtud de auto de detención proferido por funcionario competente por el supuesto delito de peculado, sindicación que quedó en el vacío al dictar el juez competente la providencia en que dió aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. O en otras palabras, *a error judicial.*

En la sentencia se dice:

"En el interregno el actor fue sometido a prisión, en virtud de un auto de detención, con los consiguientes perjuicios cuya indemnización demanda.

"Ahora bien; si la causa de todo este proceso tuvo su origen, como anteriormente se dijo, en el arqueo y visita a la Pagaduría de la Isla Prisión de Gorgona, aplicando el aforismo de que "la causa de la causa es causa de lo causado", necesariamente debe concluirse que la causa de los perjuicios

sufridos por el actor no puede hacerse consistir en un acto jurisdiccional, sino en una falla del servicio por mala aplicación o interpretación de la ley hecha por funcionarios oficiales".

Y termina asi el fallo: "Los perjuicios sufridos por el actor aparecen igualmente demostrados en el expediente y se desprenden no solo de las declaraciones que allí obran sino de las certificaciones del Director de la Cárcel de Popayán en donde estuvo preso el señor Lombo por algún tiempo.

"La relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño sufrido surge en forma natural de lo que hasta aquí se ha expuesto".

Ahora bien, según el dictámen pericial los perjuicios sufridos por el señor Lombo fueron avaluados en $232.536.20, consistentes en el valor de los sueldos y primas dejados de devengar, intereses sobre esas sumas, cesantía, alimentación pagada en la prisión, gastos de transporte para las presentaciones ante el juzgado, y los perjuicios morales en cuantía de $2.000.oo, sumas dejadas de percibir por el señor Lombo "si no hubiera sido destituído y procesado por el delito de peculado que según el juzgado, nunca existió".

De todo lo expuesto hasta aquí resulta absolutamente claro que los perjuicios sufridos por el señor Lombo se derivaron de la detención preventiva que sufrió en virtud de un auto proferido por un funcionario de instrucción criminal. Y de la sindicación que la Contraloría le hizo como responsable de un supuesto delito de peculado. El aspecto de la destitución del cargo de Contador Pagador no tiene incidencia alguna en este proceso por dos razones: la primera es la de que el decreto de destitución no ha sido demandado ni aquí se ejerce la acción de plena jurisdicción por la expedición de ese acto, y la segunda es la de que tal destitución fué legítima pues se trataba de empleado de libre nombramiento y remoción del Contralor General de la República. No se invocó ninguna otra razón.

Es cierto que no solo el señor Lombo sino cualquier persona sufre perjuicios patrimoniales, de orden material y moral cuando la justicia ordena su detención preventiva como sindicado de cualquier delito. Eso no se pone en duda. Pero lo que sí resulta ciertamente equivocado es la afirmación de que por la simple sindicación que haga la administración contra un empleado público por supuestos ilícitos penales surja una responsabilidad pecuniaria contra ella. Porque si la Administración en virtud del ejercicio de sus funciones a través de los mecanismos que la ley ha puesto en sus manos considera que se ha infringido la ley penal, su obligación es la de poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos que en su concepto deban ser investigados por los jueces penales. Esa obligación es perentoria y está consagrada en los artículos 10 y 11 del Código de Procedimiento Penal

vigente cuando ocurrieron estos hechos. En efecto, esas normas dicen: "10. El funcionario o empleado público que de cualquier manera tenga conocimiento de una infracción penal cuya investigación deba iniciarse de oficio, sin que sea competente para ello, debe inmediatamente poner ese hecho en conocimiento de la autoridad competente, haciendo una relación sucinta del suceso con todos los pormenores que interesen a la justicia, los elementos probatorios recogidos, y, cuando fuere posible, indicando las generalidades del presunto sindicado, de la persona ofendida, de los testigos y de todo lo que sea conducente a su identificación. Si al funcionario o empleado público a que se refiere el inciso anterior corresponde la investigación del hecho, deberá iniciarla sin dilación".

"11. Cuando en el curso de un proceso civil o administrativo se presentare algun hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio, el Juez o funcionario correspondiente dará noticia de él inmediatamente a la autoridad competente suministrándole todas las informaciones del caso y acompañándole copia autorizada de los autos o documentos conducentes. Si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en la misma pudiere influir en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable".

Esta misma obligación está señalada a los particulares por el artículo 12 del mismo estatuto.

Entonces, si es una obligación legal poner en conocimiento de la justicia penal los hechos que la Administración o los particulares consideren violatorios de la ley penal e, inclusive, adelantar la investigación o iniciar las primeras diligencias de carácter jurisdiccional si el funcionario público tuviere facultades legales para hacerlo, como es el caso de autos, o que los simples particulares así lo estimen, no se vé por qué la Administración, o los particulares en su caso, resultan responsables civilmente si la justicia después de hacer la investigación encuentra que el supuesto ilícito penal no lo ha cometido el sindicado. Nadie volvería a presentar denuncias de carácter penal si esta tesis prosperara. Es más, ese funcionario o ese particular, si procediera en esa forma, incurría en el delito de encubrimiento de que trata el Capítulo Cuarto del Título IV del Libro Segundo del C.P.

Y para el supuesto de denuncias temerarias, el Código prevee, en el Capítulo Primero del mismo Título denominado "Delitos contra la administración de justicia" bajo la denominación de "Falsas imputaciones hechas ante las autoridades", lo que le pasa al que formula denuncias por ilícitos penales "a sabiendas de que no se han cometido".

Ahora bien, si es evidente que el señor Lombo sufrió perjuicios ellos no se pueden desvincular del acto jurisdiccional pronunciado por un funcionario de instrucción criminal, en virtud del cual permaneció varios meses en la Cárcel, y entonces no se ve como pueda resultar esa relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño, prescindiendo de la detención preventiva sufrida por el actor. Esa relación de causalidad es imposible encontrarla sin la existencia del acto jurisdiccional, y entonces como decía al principio, resulta consagrada jurisprudencialmente la responsabilidad de la Administración por el error judicial, y lo que es aún más grave, por haber denunciado ante los jueces penales a un empleado de manejo por la comisión de un supuesto delito de peculado, siendo esa actuación una obligación legal.

Solamente ahora, pero no por la jurisprudencia sino por la legislación, se consagró la responsabilidad por el error judicial, pero no a cargo de la Administración sino del propio funcionario autor del acto jurisdiccional. Así lo dice el artículo 40 del nuevo Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos: "Artículo 40.— Responsabilidad del juez.

Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos: 1o. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad. 2o. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto. 3o. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer. La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva por el trámite del proceso ordinario. La demanda deberá presentarse a mas tardar dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. La sentencia condenatoria en los casos de los numerales 1 y 3 no alterará los efectos de las providencias que la determinaron. En caso de absolución del funcionario demandado, se impondrá al demandante, además de las costas y los perjuicios, una multa de mil a diez mil pesos".

Bogotá, Febrero 26 de 1972.

Alfonso Castilla Saiz.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

DEMANDA. *Diferencia entre rechazo y aplazamiento de la admisión de la demanda. El auto de aplazamiento de admisión de la demanda debe ser suscrito únicamente por el Magistrado Sustanciador y no es apelable; el de rechazo, debe ser pronunciado por el Tribunal en pleno y es apelable.*

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Bogotá, D.E., mayo diez y nueve de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera.

Ref: Apelación del auto de 13 de septiembre de 1971 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre pago de perjuicios por la responsabilidad del Distrito Especial de Bogotá, Empresa de Acueducto y Alcantarillado, por muerte del señor Ernesto Torres Guillo. Actor: Luz Alba Echeverri vda. de Torres y otros. Rad. No. 1340.

En escrito presentado dentro del término legal por el señor apoderado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E., interpuso el recurso de reposición contra el auto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 28 de Enero de 1969, admisorio de la demanda, para que fuera revocado. El Tribunal, por auto del 13 de Septiembre de 1971 del señor Magistrado Ponente, accedió a lo solicitado. Contra esta providencia el señor apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de apelación, que le fue concedido, para ante el Consejo de Estado por auto de 13 de Octubre del Tribunal en pleno.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

En este caso enjuiciado se trata de la indemnización de perjuicios en cuantía superior a los treinta mil pesos ($30.000.oo) por la omisión del Distrito Especial de Bogotá o su Empresa de Acueducto y Alcantarillado en colocar "las señales luminosas" que permitieran distinguir la obra que se adelantaba en la autopista del norte, motivo por el cual, según el artículo 52, numeral 2o., letra f, del C.C.A. por la cuantía, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca conoce en primera instancia.

El auto del Tribunal de 13 de septiembre de 1971, visible a folios 55 y siguientes, es de aquellas providencias contempladas en el art. 87 del C.C.A., que no significan un rechazo del libelo, sino un aplazamiento de la admisión del mismo, hasta tanto se llenen por el Actor las formalidades que se puntualicen por el Magistrado sustanciador. En el auto de la referencia se indicaron con precisión las deficiencias de la demanda, y por lo mismo, si se dijo revocar el proferido el día 28 de enero de 1969, eso no puede entenderse sino como un aplazamiento de la admisión.

No habiendo sido de rechazo el proveído del 13 de septiembre de 1971 se explica que lo hubiera suscrito únicamente el Magistrado sustanciador, pero esa misma circunstancia hace inexplicable que se hubiera concedido contra él el recurso de apelación, recurso que sólo es procedente, según los términos del Artículo 88 del C.C.A., contra el auto de rechazo, auto éste que debe ser pronunciado por el Tribunal en pleno.

El consejo, en consecuencia, no ha adquirido competencia para conocer del recurso, y por lo mismo habrá de declarar su inhibición ordenando devolver los autos al Tribunal de origen para que por esa Entidad se determine si es el caso de fijar término al demandante para que cumpla con los requisitos anotados en la citada providencia del 13 de septiembre de 1971.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Gabriel Rojas Arbeláez — Osvaldo Abello Noguera — Alfonso Castilla Saiz — Carlos Porcotarrero Mutis.

Víctor M. Villaquirán M.
Secretario.

Se deja constancia que el anterior proyecto fué aprobado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sesion celebrada el día 18 de mayo de 1972.

Víctor M. Villaquirán M.
Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

PRUEBAS. Oportunidad del Ministerio Público, de las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción y del demandante, para solicitar la práctica de pruebas. Inclusión de pruebas con la demanda.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Bogotá, D.E., junio veintidós de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera.

Ref: Súplica del auto de 20 de abril de 1972.
Ordinario (Indemnizaciones) Rad. No. 1357 Actor Winfried Manske.

En memorial que corre a folios 33 y ss. el Dr. Luis Alberto Nassar Pinzón, en su condición de apoderado especial del actor, interpuso el recurso de súplica contra el auto del 20 de abril del año en curso por medio del cual no se accedió a decretar unas pruebas documentales presentadas extemporáneamente.

El señor abogado demandante, en efecto, presentó las demoradas pruebas con la demanda, pero no pidió que se tuvieran como tales durante el término de fijación en lista, de conformidad con el numeral 3o. del artículo 126 del C.C.A.

Para resolver se considera:

El señor Consejero sustanciador en su importante estudio dijo lo siguiente: "Como se ha expresado en varias oportunidades, la Jurisdicción encargada de revisar la materia Contencioso Administrativa, jurisdicción especial, tiene para el ejercicio de sus funciones el procedimiento especial señalado en la Ley 167 de 1941, y antes de éste en la ley 130 de 1913. Es de la índole de la jurisdicción especial el disponer para su actuación de un procedimiento especial, dentro del cual solo vienen a operar las reglas del procedimiento ordinario cuando hay vacios en aquella regulación, y estas reglas no son incompatibles con la organización de dicha jurisdicción. Es el principio consagrado en el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, según el cual los vacíos en el procedimiento allí estabablecido deben llenarse con las disposiciones del C.P.C. y de las leyes que lo adicionan y reforman, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Lo anterior quiere decir que los juicios que se ventilen ante esta jurisdicción, no pueden tramitarse sino por el procedimiento propio de la misma".

En el numeral 3o. del artículo 126 del C.C.A. se dispone perentoriamente que es dentro del término de fijación en lista cuando las partes y el Agente del Ministerio Público deben pedir las pruebas que estimen pertinentes. No lo hizo así la parte demandante, y por lo mismo no puede accederse a decretar pruebas o a tener como tales unos documentos presentados extemporáneamente".

Dice el ordinal 3o. del artículo 126 del C.C.A.: "Que se fije en lista por el término de cinco (5) días para que el Ministerio Público o las partes que quieran coadyuvar o impugnar la acción puedan solicitar la práctica de pruebas y hacer valer los demás derechos que la ley les otorga".

Si se examina con detenimiento el precitado ordinal 3o. se puede evidenciar que el término allí señalado de cinco (5) días es para el Ministerio Público o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción, ya que en dicha normación legal en parte alguna se ordena que el demandante también tiene que acogerse a los cinco días. Ello quiere decir, en sentir de esta Sala, que ese plazo opera únicamente para personas diferentes al demandante.

Si esta Corporación ha venido sosteniendo la tesis de que sólo durante el término de fijación en lista es cuando se pueden pedir las pruebas y, además, que dentro de esa noción quedan incorporados los posibles coadyuvantes y opositores, indudablemente la interpretación ha sido por vía de jurisprudencia puesto que no se puede negar que en el ya mencionado ordinal 3o. del artículo 126 existe un vacío en lo que respecta al demandante. Y esa interpretación es racional porque en caso contrario el demandante no tendría una autorización expresa para hacer valer su derecho.

Pero esa generalizada interpretación no puede continuar porque el artículo 282 del C.C.A., sobre reenvío legal, al disponer "que los vacíos en el procedimiento establecido en esta ley se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil" está indicando claramente que debe darse aplicación al artículo 77 del C.P.C. sobre inclusión de la prueba con la demanda. Sin perjuicio de que el demandante pueda también hacer uso del término probatorio previsto en el ordinal 3o. tantas veces citado.

Este sistema tiene la ventaja de la lealtad procesal con el Ministerio Público porque en el momento de pedir pruebas tendría la oportunidad de hacerlo sobre algunos hechos ya conocidos y nunca sería sorprendido en su labor de defensa de la sociedad.

Por lo expuesto se resuelve:

Revócase el auto suplicado y, en su lugar, se dispone que deben aceptarse las pruebas presentadas con la demanda.

Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Notifíquese y cópiese.

Osvaldo Abello Noguera — Alfonso Castilla Saiz ,—, Carlos Portocarrero Mutis.

Víctor M. Villaquirán M.
Secretario.

Se deja constancia que el anterior auto fué discutido y aprobado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo en sesión de 22 de junio de 1972.

Víctor M. Villaquirán M.
Secretario.

TITULO V

Juicios Electorales

ELECTORALES

ELECTORALES. VALIDEZ DEL VOTO EN BLANCO. Los votos en blanco no pueden considerarse como válidos, sino a lo sumo como neutros, y no deben incluirse para efectos de obtener el cuociente electoral, porque se desvirtúa el sistema de la representación proporcional si tales votos influyen en el señalamiento de los candidatos a elegir.

Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Bogotá, D.E., marzo tres de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Eduardo Aguilar Vélez.

En la acción Electoral iniciada por el Dr. Nelson Robles, en su propio nombre y en el del señor Teófilo Forero, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictó el treinta de abril de 1971, el fallo que en su parte resolutiva dice:

> "1. Es nula la declaratoria de elección de Concejales para el Distrito Especial de Bogotá, en las elecciones celebradas el 19 de abril de 1970, y de que da cuenta el acta general de escrutinios, en las sesiones del 26 y 27 de mayo del referido año.
>
> "2. En consecuencia, se habrá de rectificar el acto de declaración de elección mediante un nuevo escrutinio en el que se incluirán para efectos de determinar el cuociente electoral los votos emitidos en blanco.
>
> "3. Para dar comienzo a la anterior diligencia, acto que de acuerdo con lo previsto en la ley 167 de 1941, artículo 239, debe ser practicado por esta Corporación, señálase la hora de las nueve (9) a.m. del quinto día hábil siguiente al de la ejecutoria de esta sentencia".

Después de proferido el aludido fallo el Dr. Bernardo Peralta Ortis se constituyó en parte impugnadora de la acción y apeló de la providencia. El Tribunal negó el recurso interpuesto y el apelante se presentó ante el Consejo en virtud del recurso de Queja para que esta Corporación lo concediera si fuera procedente. En auto de fecha 27 de octubre del pasado año la Sala resolvió conceder el recurso y dispuso el envío del expediente.

Tramitada aquí la segunda instancia, sin que se observen causales de nulidad que invaliden lo actuado, es procedente dictar el correspondiente fallo. A ello se procede previa las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. La demanda:

Dos son los motivos invocados por el actor para solicitar la nulidad de la declaratoria de elección de Concejales para el Distrito Especial de Bogotá:

a) Los votos emitidos en las mesas de votación números 1971, 1972, 1974 y 1975 fueron computados con violación de la Ley, porque los documentos respectivos fueron introducidos al arca triclave y recibidos por la Registraduría del Estado Civil ya vencido el término para ello; además, tales votos y documentos, al ser entregados en paquetes abiertos, sin sellos, ni lacres, se presumen no auténticos, susceptibles de falsedad o de ser apócrifos; y

b) Al no escrutar los votos en blanco, que son votos válidos, fue violado el sistema electoral y se varió la representación proporcional de los partidos políticos. El Cuociente electoral no fue deducido o determinado legalmente.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTOS DE LA VIOLACION

En relación con el primer motivo de nulidad el actor cita como violados el artículo 26 del decreto 3254 de 1963 y el inciso 3o. del artículo 196 del C.C.A. El primero porque ordena que las actas de escrutinios y demás elementos que sirvieron para la votación, deben ser entregados por el Presidente del jurado al Registrador Municipal, hasta las 10 de la noche del día de las elecciones y los documentos de las mesas impugnadas fueron recibidos por este funcionario mucho despues de la hora citada; y el 2o. porque en él se expresa que son nulos los registros cuando se computan sin haber sido introducidos en el término legal en la respectiva urna. Además como los pliegos correspondientes a tales mesas fueron entregados a destiempo, sin sellar ni lacrar, hay que considerarlos apócrifos, ineptos para que los votos sean escrutados.

Cuanto al segundo motivo de nulidad se cita como infringidos el artículo 124 de la ley 85 de 1916, el 32 del decreto 3254 de 1963, el 204 del C.C.A. y el 172 de la Constitución Nacional. De conformidad con las dos primeras disposiciones el voto en blanco no es un voto nulo y por ello debe influir en la representación proporcional de los partidos. Los votos en blanco son válidos y por consiguiente, de conformidad con el artículo 172 de la Constitución Nacional deben ser incluidos para efectos de obtener el cuociente electoral. Como la Comisión escrutadora los excluyó para tales efectos, violó el artículo constitucional. El art. del Código Contencioso Administrativo se violó porque él prevé la nulidad de toda elección cuando

los votos emitidos en ella se computen con violación del sistema electoral adoptado por la ley, tal como ocurrió en el presente caso.

2. La sentencia del Tribunal.

El Tribunal, como ya se dijo, declaró la nulidad de la elección y ordenó hacer un nuevo escrutinio. Tres de los Magistrados salvaron el voto.

La sentencia no acoge el primer aspecto de los planteamientos de la demanda, esto es el relativo a la no entrega de los elementos que sirvieron para la votación antes de las diez de la noche del día de las elecciones y lo atinente a la entrega de los mismos abiertos sin sellos ni lacres.

En cambio hace un estudio referente a los votos en blanco y acoge el cargo propuesto por el demandante.

El Tribunal razona así:

"El voto en blanco no es un voto invalido y constituye indefectiblemente una expresión del querer del votante, por lo que ha de tenérsele en cuenta a efecto de determinar el cuociente electoral. El voto en blanco no ha sido prohibido por la ley, y por ello es lícito. Si es conforme con la ley, por lo que es lícito no puede ser nulo. Solo son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley (art. 6o. C.C.). No hay nulidad sin texto legal que la declare. Las nulidades no pueden nacer de la exégesis doctrinal por seria que sea ésta. Las nulidades indefectiblemente encuentran su soporte en las leyes, y si éstas expresamente no las señalan, resulta aberrante considerar un acto no prohibido, antes bien permitido por la ley, v.gra. el voto en blanco, como contrario al orden jurídico.

"Dice la Carta que el cuociente electoral es la resultante de dividir el total de "votos válidos por el de puestos por proveer". Por Regla general el voto es válido cuando es emitido por el elector que tiene capacidad para sufragar, y no afecto de irregularidades, expresamente señaladas en la ley. El voto válido es el opuesto al nulo. El voto es nulo solo en los siguientes casos: 1) Cuando en un sobre o cubierta resultaren dos o mas papeletas para distintas corporaciones; 2) Cuando en un sobre resultaren dos o más papeletas para una misma corporación; 3) Cuando se suprimen o tachan más de la mitad del total de candidatos porque deba sufragarse; 4) Cuando se vota por una corporación en un lugar donde no corresponde; 5) Cuando el primer apellido del candidato no está íntegramente escrito. Como es apenas natural el voto en blanco no se encuentra en ninguno de los casos anteriores, por consiguiente es válido, y por ello ha de contarse con él para determinar el cuociente electoral. Lo contrario, sería, ni más ni menos, violar el claro texto constitucional".

3. Concepto de la fiscalía de la corporación.

La Fiscalía Cuarta del Consejo, al emitir su concepto de fondo, estimó que el fallador de Primera instancia no ha debido decidir el fondo del negocio y por lo mismo solicita la revocatoria del fallo apelado para que en su lugar "se abstenga de pronunciar sentencia de mérito pues la vía gubernativa no se ha agotado". La anterior excepción había sido propuesta igualmente por el Fiscal del Tribunal y por lo mismo el fallador de primera instancia se ocupó de ella en el fallo que se revisa.

Considera la Colaboradora Fiscal que en el caso a estudio fue interpuesto el recurso de apelación contra la decisión de la Comisión escrutadora que excluyó los votos en blanco del cómputo total de los mismos y que esta apelación no fue resuelta por la Corte Electoral. De donde resulta, según el concepto Fiscal que "está pendiente el pronunciamiento que sobre la materia haga la Corte Electoral para dar así por terminada la vía gubernativa".

4. Sentencia del Consejo de Estado.

a) Excepción propuesta por la Fiscalía.

De conformidad con el art. 206 del C.C. Administrativo "para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a estos. Así, por ejemplo, en la elección, de representantes al Congreso deberá demandarse el escrutinio realizado por el respectivo Consejo Electoral y no los correspondientes a los Jurados Electorales o a los jurados de votación, aunque sean estos últimos registros los viciados".

En el presente caso se demandó precisamente el acto de declaratoria de elección hecha por la Comisión Escrutadora del Distrito Especial. Injurídico hubiese sido obligar al actor a esperar que la Corte resolviera una apelación que no llegó a ella, según el informe que obra a fs. 51 del expediente.

Si ello fuera así, ahora la Fiscalía estaría alegando que la acción se encontraba caducada, pues que se dejó trascurrir al término de diez días para demandar la declaratoria de elección.

De otro lado, lo ha dicho el Consejo en infinidad de oportunidades, en las acciones públicas no es necesario el agotamiento de la vía gubernativa. Basta con demandar el acto proferido por la administración que ha quebrantado en concepto del actor, el orden jurídico, para que la acción esté bien instaurada.

Además, y en relación concreta con las acciones electorales, ya el Consejo de Estado ha definido el punto. En efecto: en sentencia proferida por la Sala, el 28 de febrero de 1969, en la cual fue ponente el Consejero Gustavo Salazar Tapiero, se dijo lo siguiente en relación con las acciones electorales:

"... El actor no es más que incidental intermedio de la sociedad para que el Estado ponga a funcionar su poder jurisdiccional con el fin de proteger el interés supremo de la democracia cual es el de unas elecciones puras. De tal suerte que admitida la demanda, la jurisdicción contenciosa está en la obligación de adelantar el proceso sin restricciones de ninguna índole por lo que hace a la naturaleza de los que intervienen, allegando cuantas pruebas estime conducentes para establecer la verdad, sin enredarse en la maraña procedimental, en el formulismo que muchas veces solo sirve para aniquilar el derecho y luego al proferir el fallo aplicar los principios fundamentales consagrados en la Constitución Nacional sobre elecciones y el supremo de la equidad, como el más firme soporte de la paz pública. Es conveniente recordar que si bien es cierto que la ley da oportunidad a todos los ciudadanos para reclamar en las distintas etapas del proceso electoral administrativo, ello de ninguna manera ha sido puesto como condición para acudir a la jurisdicción contenciosa, seguramente porque el ámbito que tienen las comisiones escrutadoras para anular votos y registro es muy limitado, estándoles prohibido entrar en la apreciación de cuestiones de derecho. Por lo expuesto, la Sala declara que en los juicios electorales no es procedente la excepción propuesta de inepta demanda por no agotamiento de la vía gubernativa".

No prospera pues, la excepción propuesta por la Fiscalía.

b) Primer motivo de impugnación.

Se hace consistir este motivo, como ya se expresó atrás, en que los documentos electorales respectivos de las mesas de votación Nros. 1971, 1972, 1974 y 1975, fueron introducidos al arca triclave y recibidos por la Registraduría del Estado Civil ya vencido el término para ello y que además tales documentos fueron entregados abiertos y sin sellar.

A este respecto la Sala observa:

Es verdad que de conformidad con el art. 26 del decreto 3254 de 1963, las actas de escrutinio y demás elementos que sirven para la votación deben ser entregados por el Presidente del Jurado al Registrador Municipal hasta las diez de la noche del día de las elecciones, pero también es cierto que el artículo 130 de la ley 85 de 1916, norma de mayor jerarquía, prevé la posibilidad

de que la entrega de pliegos se verifique hasta el día siguiente al de las elecciones a las doce meridiano. Que la ley es de una jerarquía mayor a la del decreto no queda duda. Este fue dictado para llenar los vacíos existentes en aquella.

En lo que respecta a la entrega de los documentos sin señalar, no existe constancia de que hubieran sido adulterados, tal como lo presume el actor. La falsedad o apocricidad de los elementos que sirven para la formación del registro es necesario demostrarla no presumirla. El sello y el lacre de las urnas constituye, como lo dice el Tribunal, una medida cautelar que puede acarrearle a los responsables de su omisión una sanción de tipo administrativo, pero no puede dar lugar, por sí sola, a la nulidad de los registros electorales.

c) Segundo motivo de impugnación: Votos en Blanco no incluidos para buscar el cuociente electoral.

A grandes rasgos el sistema electoral ha pasado por tres etapas bien definidas: 1) sistema de las mayorías. 2) Sistema de la representación minoritaria y 3) sistema de la Representación Proporcional. En el primer sistema el partido que tuviera la mayoría, cualquiera que esta fuera tomaba la representación de todo el pueblo. Era obviamente la consagración del predominio de una clase dominante. En el segundo se quiso dar representación a las minorías y fue así como en el acto legislativo Nro. 8 de 1905 se reconoció el derecho de representación de las minorías y el acto legislativo Nro. 3 de 1910 ratificó este principio, pero la ley 85 de 1915 para desarrollarlo consagró el sistema del voto incompleto, que consiste en fijarle a las minorías una cuota determinada de antemano en la representación popular. El grupo mayoritario elegía siempre las dos terceras partes de los candidatos y el minoritario la tercera restante. Este sistema resultaba, igual que el primero absurdo e ilógico. Vino por último la consagración de la representación proporcional de los partidos mediante el sistema del cuociente electoral. Esto sin contar la época transitoria de la representación paritaria.

El artículo 172 de la Constitución Nacional expresa:

"A fin de asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o mas individuos en elección popular o en una Corporación Pública, se cumplirá el sistema del cuociente electoral.

"El cuociente electoral será el número que resulte de dividir el total de *votos válidos* por el de puestos por proveer.

....."

La representación proporcional consiste en que cada partido tenga en el congreso y demás cuerpos colegiados un número de representantes que corresponda, en forma aproximada a la importancia numérica de sus fuerzas en las urnas. Este sistema es el único que permite la representación de toda la opinión pública y no unicamente de las mayorías.

Si se acepta que los votos en blanco deban incluirse para efectos de obtener el cuociente electoral, obviamente se está desvirtuando el sistema de la representación proporcional porque tales votos estarían influyendo en el señalamiento de los candidatos a elegir. Así lo acepta el mismo demandante cuando expresa que el voto en blanco puede determinar cambios en la representación proporcional de los partidos o grupos políticos que concurren a las elecciones.

Se le da entonces al voto en blanco un valor que no tiene.

No constituye él, electoralmente hablando, una expresión del querer del votante. Este se niega a votar por alguno de los candidatos elegibles por motivos que no es del caso analizar. Indudablemente quien vota en blanco se coloca fuera del sistema, no gusta de manifestar su opinión en relación con los que han de participar en el manejo de la Cosa Pública.

Cuando la Constitución habla de votos válidos, es claro que se está refiriendo a los votos que tienen algún poder electoral decisorio y no a votos que nada expresan jurídicamente, aunque políticamente puedan considerarse como una expresión contra el sistema existente.

La ley colombiana pocas referencias hace al voto en blanco. El artículo 124 de la ley 85 de 1916 se refiere a él en los siguientes términos: "Se considera como voto en blanco el que no exprese de modo inteligible el nombre y apellido de la persona a cuyo favor se vota".

Y agregaba la ley: "Igualmente se reputarán como en blanco los votos dados a favor de las mujeres".

De tal manera que si el voto en blanco es aquel que no exprese de manera inteligible el nombre y apellido de la persona a cuyo favor se vota, también se puede considerar como tal el que no exprese nombre alguno. Y si de otro lado se reputaba como blanco el voto emitido a favor de mujeres, cuando estas no gozaban de los derechos políticos, no se vé motivo para que pueda considerárseles como válidos, con el solo argumento de que no están prohibidos por la ley.

El voto en blanco no puede pues considerarse como válido para los efectos constitucionales. A lo sumo podrán considerárseles como neutros.

El Tribunal de instancia les da valor porque parte del concepto errado de que es válido todo lo que no esté prohibido por la ley, cuando la realidad es que para la ley muchas cosas son indiferentes, sin sentido jurídico, sin relevancia alguna. Caso típico el voto en blanco.

Además, el problema planteado tiene mucho que ver con las matemáticas. Así por ejemplo si se le diera valor al voto en blanco, pudieran quedar casillas de representación sin proveer, pues se llegaría al absurdo de que al partido de los votantes en blanco se les pudiera adjudicar uno o varios puestos, dado el volumen de votadores en tal sentido, sin que las personas elegibles pudieran ocupar las posiciones.

Pero hay otro argumento más: El artículo 126 de la misma ley 85 preceptúa:

"Terminado el escrutinio, se lee su resultado, en voz alta y se permite tomar nota de él a quien quiera hacerlo.

"En seguida, se cerrarán en un paquete las papeletas que hayan servido para la votación; pero antes se formarán paquetes especiales de los que hubieren sido declarados votos en blanco o nulos, que se incluirán en el paquete general".

De tal manera que la ley ordena formar de los votos en blanco y de los votos nulos un paquete especial distinto al de las papeletas que haya servido para la votación, lo que está indicando que los votos en blanco no se deben tener en cuenta para ningún efecto.

Estos planteamientos son semejantes a los expuestos en uno de los salvamentos de voto.

La Sala habrá pues de revocar la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Declárase no probada la excepción propuesta por la Fiscalía.

Revócase el fallo apelado y en su lugar se dispone no acceder a las súplicas de la demanda.

Se hace constar que esta providencia fue aprobada por la Sala en la sesión del día 29 de febrero de 1972.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Castilla Saiz – Eduardo Aguilar Vélez – Alfonso Arango Henao – Osvaldo Abello Noguera – Nemesio Camacho Rodríguez – Jorge Dávila Hernández – Hernando Gómez Mejía – Juan Hernández Sáenz – Lucrecio Jaramillo Vélez – Miguel Lleras Pizarro – Humberto Mora Osejo – Alvaro Orejuela Gómez – Carlos Portocarrero Mutis – Gabriel Rojas Arbeláez – Gustavo Salazar Tapiero – Rafael Tafur Herrán.

Hernando Franco Rojas
Secretario.

ELECTORALES

ELECTORALES. *Casos en que el legislador tiene prescrito que deberán fallarse en una sola sentencia los juicios que se adelanten en ejercicio de alguna de las acciones electorales.*

EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA. *Orígen y evolución de su régimen jurídico. Prerrogativas constitucionales y legales del Concejo Municipal y del Alcalde en lo que dice relación a la Administración de los bienes, rentas y servicios del Distrito de Pereira. Competencia del Concejo para elegir a los miembros integrantes de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Pereira.*

NULIDADES EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. *Además de las causales de nulidad consagradas por el C.C.A., cabe la nulidad genérica, en el procedimiento, de que trata el artículo 26 de la Constitución Nacional.*

Consejo de Estado – Sala Plena Contenciosa – Bogotá, D.E., mayo nueve de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Gustavo Salazar T.

Ref: Expediente número 13
Actores: Alberto Gutiérrez Botero y Antonio Ocampo Ramos.

Procede la Sala a resolver la apelación interpuesta contra la sentencia de 21 de octubre de 1971 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que decidió los juicios electorales adelantados por iniciativa de Alberto Gutiérrez Botero y Antonio Ocampo Ramos.

Para juzgar con acierto se hace necesario precisar los siguientes antecedentes:

Por decreto legislativo número 273 de 30 de octubre de 1957 la Junta Militar de Gobierno, en uso de las facultades conferidas por el acto legislativo No. 5 de 1954, autorizó al municipio en Pereira para organizar las empresas municipales encargadas de prestar los servicios de energía eléctrica, teléfonos, acueducto, alcantarillado, plaza de mercado y matadero, las que tendrían el carácter de entidad autónoma de derecho público y serían administradas por una junta directiva de siete miembros, integrada así: el alcalde, que la preside, dos de distinta filiación política elegidos por el Concejo de Pereira o la entidad que haga sus veces; y cuatro elegidos por el alcalde de listas elaboradas por las entidades de crédito que hubieran contribuído a la financiación del plan de obras y por la cámara de comercio y la federación de comerciantes.

Por decretos números 90 y 91 de 25 de noviembre de 1957 y 101 de 13 de diciembre de 1957, el alcalde creó el establecimiento público denominado

Empresas Públicas de Pereira y señaló los estatutos por los cuales debía regirse, ciñéndose a las bases indicadas en el anterior decreto legislativo.

La misma Junta Militar, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional, por decreto legislativo número 66 de 5 de marzo de 1958 hizo algunas modificaciones al decreto número 273, especialmente para determinar que los cuatro miembros de la junta directiva que le correspondía nombrar al alcalde deberían corresponder a personas afiliadas a los dos partidos políticos tradicionales por partes iguales, tres de los cuales de una lista de diez nombres que le pasara el Banco Central Hipotecario. Además que el gerente de las empresas sería de libre nombramiento y remoción de la junta directiva y que en tal acto el alcalde tendría voz pero no voto.

El Concejo de Pereira, por sucesivos acuerdos, cambió la forma de integración de la junta directiva y en el último, el número 9 de 24 de enero de 1971, queda así: seis miembros y el alcalde. Los seis miembros los debe elegir el Concejo. El alcalde la preside, tiene voz pero no voto.

Por decreto número 30 de 9 de marzo de 1971, el alcalde, invocando las atribuciones conferidas por el decreto legislativo número 66 de 5 de marzo de 1958, nombra en propiedad cuatro miembros principales con sus respectivos suplentes para integrar la junta directiva de las empresas. Y por decreto número 34 de 11 de marzo de 1971 modifica el anterior para reemplazar uno de los suplentes.

En ejercicio de la acción pública y mediante el trámite del juicio electoral el abogado Alberto Gutiérrez Botero pidió al Tribunal Administrativo de Risaralda declare la nulidad de los dos anteriores decretos del alcalde por carecer de competencia para hacer los nombramientos, ya que el decreto legislativo número 66 de 1958 dejó de regir y por violación del acuerdo de Pereira número 9 de 24 de enero de 1971 y de los artículos 183 y 197 de la Constitución Nacional, 169 y 143 del Código Político y Municipal.

De otro lado, el Concejo de Pereira en la sesión del día viernes 12 de marzo de 1971 eligió en dos votaciones sucesivas dos miembros principales con sus suplentes como representantes del Concejo en la junta directiva de las Empresas Públicas Municipales. Según se lee en el acta de la sesión el Concejo hizo tal elección en desarrollo del decreto legislativo número 66 de 1958 y en atención a que el alcalde ya había designado las personas a quienes según el mismo decreto le correspondía nombrar.

La elección hecha por el Concejo la acusó el ciudadano Antonio Ocampo Ramos ante el mismo Tribunal en acción pública para que mediante el

trámite del juicio electoral se declare nula por ser violatoria de las normas de los artículos 172 de la Constitución Nacional y 204 del Código Contencioso Administrativo. El mismo Ocampo Ramos se constituyó parte impugnadora dentro del juicio electoral antes mencionado.

Por auto de 23 de agosto de 1971 el Tribunal resolvió que los dos juicios se fallaran en una sola sentencia por darse las condiciones señaladas en el artículo 229, numeral 3, del Código Contencioso Administrativo, sentencia que se profirió con fecha 21 de octubre siguiente en el sentido de acceder a las peticiones de las demandas.

El Tribunal funda su decisión en la tesis de que las normas del decreto legislativo número 66 de 1958 se extinguieron al cumplir su cometido y que es el Concejo a quien corresponde la elección de los miembros de la junta directiva según lo preceptúa el acuerdo número 9 de 1971. En esta parte salvó el voto el magistrado Eduardo Franco Cardona. Y respecto de la elección hecha por el Concejo el Tribunal encontró que se llevó a cabo con violación de las normas del artículo 172 de la Carta, pues en elecciones de tal naturaleza es de imperioso cumplimiento la aplicación del sistema del cuociente electoral, como lo sostuvo esta Sala del Consejo de Estado en sentencia de 6 de mayo de 1970, con ponencia del consejero doctor Gómez Mejía.

Contra el referido fallo interpusieron apelación Juvenal Mejía Córdoba invocando su condición de alcalde de Pereira y la parte impugnadora en el juicio de nulidad de los decretos del alcalde. El Tribunal concedió el recurso a los dos apelantes.

No obstante que quien invoca la calidad de alcalde no ha acreditado que lo sea y mucho menos se ha constituído parte en legal forma, por lo que la apelación estuvo mal concedida, la Sala debe entrar a resolverla en atención a que el recurso lo interpuso también persona que sí tenía capacidad legal para hacerlo.

El fiscal de la corporación doctor Ortiz Amaya conceptúa que no era el caso de acumular los dos procesos, ya que el objeto final de las demandas no es el mismo, "pues auncuando todas las designaciones están hechas con el objeto de conformar la junta directiva, cada uno de los designados o elegidos lleva una representación distinta por razón de la normación estatutaria y legal establecida para conformar ese organismo administrativo". Pero que sinembargo no hay nulidad alguna en el procedimiento por cuanto tal irregularidad no la contempla el artículo 113 del Código Contencioso Administrativo y además todas las partes asintieron en la acumulación.

En cuanto al fondo de la cuestión controvertida el agente del ministerio público comparte el criterio y la solución dada por el Tribunal y solicita su confirmación.

Cumplido el trámite de la segunda instancia y en firme el auto de citación para sentencia procede la Sala a resolver la apelación mediante las siguientes consideraciones:

1. El legislador tiene prescrito que deberán fallarse en una sola sentencia los juicios que se adelanten en ejercicio de alguna de las acciones electorales en cualquiera de los siguientes casos:

Cuando se ejercite la acción de nulidad contra unas mismas elecciones, un mismo registro de escrutinio o un mismo nombramiento, aunque sean distintas las causas de las respectivas demandas;

Cuando las demandas se refieran a un mismo registro, aunque en una o varias se pida la nulidad y en otras se solicite la simple rectificación;

Cuando el objeto final de las demandas es el mismo aunque se refieran a actos distintos cumplidos por corporaciones o funcionarios de distinta jerarquía.

Y agrega la ley que no es obstáculo que sean distintas las partes en los respectivos juicios ni que en unos se persiga la nulidad o rectificación total y en otros solo se ataque parcialmente el acto. Bastará —dice textualmente— que se afecte la declaración o elección en todo o en parte.

La finalidad buscada con tal procedimiento no fue solo abreviar las controversias electorales sino producir soluciones armónicas en los respectivos procesos, según se lee en la exposición de motivos del proyecto que luego se convirtió en la ley 167 de 1941.

Además, no se trata aquí del sistema que rige en la acumulación de acciones y de procesos en los juicios civiles, por lo que ninguna de las normas del Código de Procedimiento Civil le son aplicables a los procesos electorales, para los cuales son especiales los preceptos de los artículos 224 a 230 del Código Contencioso Administrativo.

Por la simple lectura de los casos en que es obligatorio una sola sentencia para distintos juicios electorales que se adelanten ante el mismo juez, bien claro resulta también que lo que se persigue con tal procedimiento es impedir que una misma cuestión de derecho sea resuelta de distinta manera en los diversos procesos. Basta, por lo tanto, que haya conexidad entre las

cuestiones controvertidas para que se imponga su solución en una misma providencia.

En el presente caso estamos en presencia de dos demandas de nulidad que se refieren a actos distintos cumplidos uno por el alcalde de Pereira y otro por el Concejo de la misma ciudad, pero que tienen como finalidad la integración de la junta directiva de las Empresas Públicas Municipales, actos para los cuales tanto el funcionario como la corporación invocan para realizarlos la misma norma superior, el decreto legislativo número 66 de 1958. La conexidad es evidente, por lo que hizo bien el Tribunal en fallarlos en una sola sentencia.

2. Como quedó visto en los antecedentes que arriba se relacionaron, la entidad de derecho público denominada Empresas Públicas de Pereira tuvo su origen en dos decretos legislativos dictados por la Junta Militar de Gobierno que facultaron al alcalde de esa ciudad para su creación y señalaron las bases generales de su funcionamiento y dirección.

Para dictar el primero de los decretos, el 273 de 1957, la Junta Militar se apoyó en el acto legislativo número 5 de 1954 dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, según el cual el legislador podría autorizar a los departamentos y municipios para la creación de establecimientos públicos dotados de personería jurídica autónoma para la prestación de uno o más servicios. El número 66 de 1958 lo fundó en el artículo 121 de la Constitución Nacional.

Como lo enseña la historia, la Junta Militar de Gobierno no desempeñó las funciones propias del Presidente de la República desde el 10 de mayo de 1957 hasta el 7 de agosto de 1958 y su administración fue una especie de puente entre el régimen de facto depuesto en aquella fecha y el orden democrático constitucional que rige a partir del primero de diciembre de 1957, cuando el pueblo por impresionante mayoría manifestó su voluntad directa y libre de regresar al imperio de las normas de la Constitución Política de Colombia de 1886 con las reformas de carácter permanente introducidas hasta el acto legislativo número 1 de 1947 y a las que se consignaron en el texto mismo del decreto de convocatoria al pueblo para plebiscito nacional.

De tal suerte que en vigencia la reforma constitucional de primero de diciembre de 1957 dejó de regir el acto legislativo número 5 de 1954 en que se fundó la Junta Militar para autorizar la creación de las Empresas Públicas de Pereira. No así el decreto legislativo número 66 de 1958 que dictó la Junta Militar en desarrollo de las facultades extraordinarias del artículo 121

de la Constitución Nacional por encontrarse la República en estado de sitio. Tal decreto, al igual que todos los demás expedidos con invocación de la citada norma, fue adoptado como ley por las leyes números 2 de 1958, 105 de 1959, 79 de 1960 y 141 de 1961.

La anterior exposición solo tiene como finalidad poner de presente que la creación de las Empresas Públicas de Pereira tuvo lugar en momento de gran trastorno institucional, cuando el régimen de derecho estaba suspendido y los órganos encargados de la administración de los bienes departamentales y municipales habían desaparecido. De lo contrario ninguna autorización especial hubiese necesitado el Concejo de Pereira para su creación, bastándole ejercitar las facultades constitucionales y legales que tales corporaciones tienen para ordenar por medio de acuerdos lo conveniente para la administración del distrito, bien sea directamente o por medio de empresas descentralizadas (artículo 197 de la Constitución Nacional y 169 del Código Político y Municipal).

Pero es evidente que desde el momento mismo en que volvió a regir el régimen constitucional la administración de los bienes, renta y servicios de las entidades territoriales la readquirieron las Asambleas y Concejos por mandato de las normas que garantizan la descentralización administrativa, esto es, que los departamentos y municipios gozan de independencia respecto del poder central para administrar tales bienes y rentas al través de Asambleas y Concejos con las limitaciones que establecen la Constitución y las leyes.

Además, hay ciertos actos legislativos que cesan en su eficacia legal por virtud de las llamadas causas intrínsecas, que están implícitas en la misma norma, auncuando no haya disposición que las derogue expresamente. Tales son, por ejemplo, las que establecen un impuesto extraordinario por determinado tiempo, o cuando se alcance el fin que el legislador se propuso o las que se dicten mientras dura una situación anormal, las que reciben el nombre de leyes transitorias.

Entre estas últimas encajan perfectamente los decretos legislativos dictados por la Junta Militar de Gobierno y que autorizaron al municipio de Pereira para crear las Empresas Públicas encargadas de la administración de los servicios municipales, que de no existir la situación de anormalidad institucional ya recordada no se hubieren necesitado, puesto que tal facultad la tenía de derecho el Concejo de Pereira. Restablecida la normalidad constitucional, tales ordenamientos transitorios cesaron en su eficacia legal y el Concejo adquirió de nuevo la totalidad de las prerrogativas constitucionales y legales en todo lo que dice relación con la administración de los bienes, rentas y servicios del distrito de Pereira.

fácil resulta concluir entonces que el alcalde carece de aptitud legal, vale decir, de competencia para nombrar a los miembros integrantes de la Junta directiva de las Empresas Públicas de Pereira, tanto porque el decreto número 66 de 1958 que invocó el funcionario para hacerlo dejó de regir como porque el Concejo de esa ciudad en legal forma reglamentó de modo diferente la composición y nombramiento de la citada junta.

3. La anterior argumentación es igualmente válida para anular de manera total la elección hecha por el Concejo en la sesión del día 12 marzo de 1971 de dos miembros principales con sus respectivos suplentes en la junta directiva, puesto que la verificó como atribución conferida por el mismo decreto legislativo número 66 de 1958.

Lo que ha debido hacer el Concejo es proceder a la elección de los seis miembros principales con sus suplentes según la reglamentación fijada en el acuerdo número 9 de 24 de enero de 1971 o en el que estuviese vigente, puesto que ya quedó dicho que para ello tiene plena competencia constitucional.

No podría argumentarse con razón que si el Concejo podía elegir seis miembros bien hubiese podido elegir solamente dos, como ejercicio parcial de su competencia, sin que fuese causa suficiente para invalidarla el simple error en la invocación de la norma de donde dimana la facultad, toda vez que la elección fraccionada lleva al quebrantamiento de la norma del artículo 173 de la Constitución Nacional que manda que en toda elección que haga una corporación pública debe emplear el sistema del cuociente electoral, que allí se indica cómo funciona, a fin de asegurar la representación proporcional de los partidos y los grupos que intervienen en la elección. Violación en que también incurrió el Concejo al hacer la elección acusada puesto que en lugar de verificarla mediante una sola votación la hizo en dos votaciones sucesivas, con lo que desconoció el derecho de las minorías.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia de 21 de octubre de 1971 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda en el presente juicio en cuanto declaró nulos los decretos números 30 y 34 de 1971 dictados por el alcalde de Pereira y la revoca en lo demás para en su lugar declarar nula la elección hecha por el Concejo de la misma ciudad en la sesión del día 12 de marzo de 1971 de dos miembros principales con sus respectivos suplentes en la junta directiva de las Empresas Públicas de Pereira.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja contancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena Contenciosa en la sesión del día cinco de mayo de mil novecientos setenta y dos.

Alfonso Castilla Saiz – Presidente – *Osvaldo Abello Noguera* – *duardo Aguilar Vélez* – *Alfonso Arango Henao* – *Nemesio Camacho Rodríguez* – *Jorge Dávila Hernández* – *Hernando Gómez Mejía* – *Juan Hernández Sáenz* – *Lucrecio Jaramillo Vélez* – *Miguel Lleras Pizarro* – *Humberto Mora Osejo* – *Alvaro Orejuela Gómez* – *Carlos Portocarrero Mutis* – Con salvamento de voto – *Gabriel Rojas Arbeláez* – *Gustavo Salazar T.* – *Rafael Tafur Herrán.*

Hernando Franco Rojas
Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Ref. Expediente No. 13. Electoral (Juicios acumulados)
Actor: Antonio Ocampo Ramos.

Con todo el respeto que me merecen los argumentos de la mayoría me permito disentir de ellos, por las siguientes razones:

El señor Fiscal 3o. de la Corporación observa acertadamente que al decretar la acumulación por parte del Tribunal se cometió una grave irregularidad procesal, por cuanto no se configuraba la causal contemplada en el artículo 229, numeral 3o. del Código Contencioso Administrativo.

Estoy de acuerdo con la apreciación del señor Agente del Ministerio Público: En efecto, el texto de la norma en cita es el siguiente:

> "Deberán fallarse en una sola sentencia los juicios que se adelanten en ejercicio de alguna de las acciones consagradas en este Capítulo, en los siguientes casos:
>
> "....
>
> "....
>
> "3. Cuando el objeto final de las demandas es el mismo, aunque se refieran a actos distintos cumplidos por Corporaciones o funcionarios de distintas categorías.
>
> "**Parágrafo**. No es obstáculo que sean distintas las partes en los respectivos juicios ni que en unos se persiga la nulidad o rectificación total y en otros sólo se ataque parcialmente el acto. Bastará, en suma, que se afecte la declaración o elección en todo o en parte".

Ahora bien; en el caso que se estudia se trata de dos elecciones *distintas,* vale decir, que "el objeto final de las demandas" *no es el mismo,* por tanto no es aplicable el citado artículo.

Sin embargo, continúa el señor Agente del Ministerio Público, que no es el caso de decretar ninguna nulidad, por cuanto esta irregularidad no está contemplada en el artículo 113 de la Ley 167 de 1941.

Por este aspecto disiento de lo expresado por el señor Fiscal. Es cierto que el hecho anteriormente anotado no está erigido en causal de nulidad por el C.C.A., pero sí se plantea el caso de la nulidad genérica de que trata el artículo 26 de la Constitución Nacional; hubo una flagrante violación en el procedimiento que vicia de nulidad todo lo actuado a partir de aquel

momento, vale decir, desde el momento en que se decretó la acumulación de los dos juicios.

Pero existe algo más: en la parte motiva del fallo apelado el Tribunal cometió otra irregularidad, cual fue la de hacer el nuevo escrutinio en cuanto a la elección verificada por el Concejo Municipal de Pereira, acto que había declarado nulo.

Esto no lo podía hacer el Tribunal en aquella oportunidad, porque el texto del artículo 238 del C.C.A. es muy claro. Su tenor es el siguiente:

> "Si como consecuencia de lo resuelto debiere practicarse por el Tribunal o por el Consejo un nuevo escrutinio, se señalará en la misma sentencia día y hora para ello.
>
> "Este señalamiento no podrá hacerse para antes del segundo día hábil siguiente a la ejecutoria del fallo ni para después del quinto, contado en la misma forma".

Las razones anteriores en mi concepto son suficientes para que la *Sala* no se pronunciara en el fondo del negocio, sino que por el contrario decretara la nulidad del todo lo actuado por el Tribunal a partir del momento en que decretó la acumulación de los dos juicios.

Atentamente,

Carlos Portocarrero M.

ELECTORALES

COADYUVANCIA EN LOS JUICIOS CONTENCIOSO–ADMINISTRATIVOS. Cualquier persona puede intervenir para impugnar o coadyuvar la demanda, de conformidad con el artículo 89 C.C.A. Pero, quien accede al juicio después de empezado, sólo puede apoyar la causa del actor delimitada por la demanda u oponerse a las peticiones contenidas en ella, sin que le sea dable a ningún tercero interviniente ampliar o restringir la materia controvertida, los móviles o las consecuencias del proceso.

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Características específicas.

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ACUERDOS MUNICIPALES. Sus consecuencias.

NOMBRAMIENTOS EN INTERINIDAD HECHOS POR LOS ALCALDES. EFECTOS DE LA DECLARACION DE INEXEQUIBILIDAD EN UN ACUERDO.

Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Bogotá, D.E., mayo nueve de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

Referencia: Expediente Electoral No. 15 Actor: Eli Galarza Jiménez.

El Concejo de Riosucio, por Acuerdo 15 de 1969, organizó como establecimiento público autónomo las Empresas Públicas de ese Municipio y en el Artículo 5o. del Acuerdo dispuso:

> "**Artículo quinto**. El Establecimiento Público organizado mediante el presente Acto, estará administrado por una Junta Directiva constituída por el Alcalde Municipal, quien tendrá voz y voto y por cuatro miembros, dos liberales y dos conservadores, con sus respectivos suplentes designados por el Concejo. La Junta podrá ampliarse con un representante transitorio de las Entidades comprometidas en la financiación de servicios de las citadas Empresas, el cual servirá su posición sólo dentro del tiempo que duren insolutas las deudas respectivas. Dicho representante será nombrado por el Concejo Municipal de terna que le enviarán las Entidades crediticias. El período de los representantes del Concejo será de dos años, igual a la legislatura del mismo.
>
> "La Junta la presidirá el Alcalde o su representante y en su ausencia, el miembro a quien corresponda por orden alfabético.

Dicha norma fue modificada mediante Acuerdo número 4 del 7 de abril de 1971, así:

> "**Artículo Primero**. Con el fin de armonizarlo con la norma 172 de la nueva Constitución que consagra la representación proporcional y no paritaria, el artículo

quinto del Acuerdo número cero quince de 1969 quedará así:

Artículo Quinto. El establecimiento público organizado mediante el presente Acto estará administrado por una junta directiva integrada por el Alcalde Municipal y por tres miembros con sus respectivos suplentes que nombrará el Concejo, de acuerdo con la norma 172 de la Constitución Nacional, así como por un miembro con su respectivo suplente que podrá nombrar cada una de las entidades prestatarias que colabore en la financiación o refinanciación de las deudas de dicho establecimiento o de las obras o mejoras públicas que emprenda. Dichos miembros ejercerán sus funciones mientras duren las obligaciones respectivas. Además, harán parte de la Junta, el Presidente del Concejo y los dos vicepresidentes de la Corporación, lo mismo que el miembro con su respectivo suplente ya nombrados o que en el futuro nombre el Banco Central Hipotecario con arreglo a su derecho adquirido por el Acuerdo 89 de 1960. Respecto a dicho Banco, la Junta hará cumplir estrictamente las obligaciones contraídas por el Municipio en el contrato aprobado por el mencionado Acuerdo 89 de 1960".

Posteriormente y por Acuerdo 33, expedido el 25 de mayo del mismo año, el Concejo modificó de nuevo aquella provisión, así:

"**Artículo Segundo**: Con el fin de armonizarlo con la norma constitucional, Artículo 172, que consagra la representación proporcional y no paritaria, el artículo quinto del Acuerdo No. 015 de 1969, quedará así:

"**Artículo Quinto**. El establecimiento público creado y organizado por el presente acto, estará administrado por una Junta Directiva integrada por seis (6) miembros que nombrará el Concejo Municipal, de acuerdo con la norma 172 de la Constitución Nacional, asi como por un miembro con su respectivo suplente que podrá nombrar cada una de las entidades prestarias que colabore en la financiación o refinanciación de las deudas de dicho establecimiento o de las obras o mejoras públicas que emprenda. Dichos miembros ejerceran sus funciones mientras duren las obligaciones respectivas. Además harán parte de la Junta, el miembro con su respectivo suplente ya nombrado o que en el futuro nombre el Banco Central Hipotecario con arreglo a su derecho adquirido por el Acuerdo No. 89 de 1960. Respecto a dicho Banco, la Junta hará cumplir estrictamente las obligaciones contraidas por el Municipio en el contrato aprobado por el mencionado Acuerdo No. 89 de 1960".

Estos dos últimos Acuerdos fueron sancionados por el Alcalde de Riosucio y remitidos al Gobernador de Caldas para su estudio y aprobación. Pero el Gobernador se abstuvo de aprobarlos y los pasó al Tribunal Administrativo de ese Departamento para que decidiera sobre su exequibilidad. El Tribunal, en providencias del 23 de mayo de 1971 y del 28 de junio del mismo año los declaró inexequibles.

Por otra parte, el Concejo, luego de expedir los aludidos Acuerdos, en desarrollo de los mismos y en las sesiones del 13 de abril y del 28 de mayo de

1971 (fs. 1, 2, 5 y 6 C. Principal), eligió los miembros de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Riosucio previstos en tales disposiciones.

Pero cuando el Tribunal Administrativo de Caldas declaró inexequibles los Acuerdos 4 y 33, ya mencionados, el Alcalde de Riosucio, con fundamento en esa circunstancia, dictó el Decreto número 40 del 15 de julio de 1971 (fs. 15 a 17 C. Principal) para designar miembros interinos de la Junta Directiva de las Empresas Públicas. Este Decreto, que fue aprobado por el Gobernador de Caldas el 21 de julio siguiente, dice así en el artículo primero:

> "**Artículo Primero**. De acuerdo con las normas facultativas del Art. 249 del Código de Régimen Político y Municipal, nómbrase en interinidad Junta Directiva Administradora de las Empresas Públicas Municipales de Riosucio, en concordancia con el Art. 5o. del Acuerdo No. 015, de Marzo 12, de 1969, la cual quedará integrada por los siguientes miembros: Alcalde Municipal quien la presidirá, Principales Conservadores, Dr. Napoleón Patiño Calvo y Fabio Giraldo Zuluaga; Suplentes Conservadores, Francisco Montoya M. y Guillermo Trejos B. respectivamente. Principales Liberales, Eduardo Gártner de la Cuesta y Héctor García T.; Suplentes Liberales, Tobías Morales Piedrahita y Alejandro Toro Muñoz respectivamente. Así mismo, hará parte de esta Junta el representante del Banco Central Hipotecario tal como está establecido y por tener esta entidad compromisos crediticios en la financiación de las citadas Empresas".

Contra este acto del Alcalde promovió acción de nulidad el doctor Elí Galarza Jiménez por entenderlo violatorio de los artículos 192 de la Constitución, 249, 180 y 184 del Código de Régimen Político y Municipal y de los Acuerdos 15 de 1969 y 33 de 1971, expedidos por el Concejo de Riosucio.

A la demanda se le dió el trámite propio del juicio electoral. En oportunidad se hicieron presentes el doctor Gersaín Arias Vélez, para oponerse a las pretensiones del doctor Galarza Jiménez y este último también, ya como apoderado de los señores Alcibiades Díaz Aristizábal, Luis Mario Mesa Correa, Hernando Correa Posada, Santiago Cano Henao y Gildardo Arcila García, para coadyuvar las solicitudes iniciales y pedir también que, como consecuencia de la declaración de nulidad de los nombramientos hechos en el Decreto del Alcalde y "para restablecerlos en sus derechos" fueran reintegrados tales señores a sus posiciones de miembros de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Riosucio.

Conoció del proceso el Tribunal Administrativo de Caldas y en sentencia del 16 de noviembre de 1971 declaró probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, por entender que las peticiones iniciales del actor Galarza Jiménez y las que hizo después, como apoderado de los coadyuvantes, no podían acumularse en un mismo proceso ni decidirse en el

mismo fallo por corresponderles trámites distintos conforme a las normas de procedimiento. Es decir, en síntesis, que la intervención adhesiva de los coadyuvantes tuvo el poder de enervar la acción principal.

Apeló el doctor Galarza pero se abstuvo de expresar las razones de su inconformidad con la decisión del Tribunal. En cambio, el doctor Bernardo Ortíz Amaya, Fiscal 3o. del Consejo, conceptuó que eran equivocadas las tesis del Tribunal y que, por ello debía revocarse el fallo recurrido y disponer que se devolviera el proceso para que se dictara sentencia de mérito o de fondo en la primera instancia.

Dijo así el señor Fiscal:

"Estamos, pués, en presencia de una acción de nulidad tramitada por el procedimiento de los juicios electorales, con base en la formulación de una demanda presentada a nombre personal por el doctor Elí Galarza y una coadyuvancia a dicha acción aceptada por el Tribunal y propuesta por determinados señores, que incidentalmente le otorgaron poder al mismo actor de la acción pública.

"De acuerdo con los términos y alcances del fenómeno de la coadyuvancia, se creó un litis consorcio no necesario entre el demandante y los coadyuvantes y por lo tanto, estos últimos no tienen la facultad ni el derecho para modificar o variar los términos de la misma.

"En dicha coadyuvancia, el interviniente, no puede ir más allá de lo que ha pedido y solicitado el actor principal y, naturalmente, no puede ni variar el sentido de sus peticiones, ni agregar a éllas peticiones distintas a las originalmente formuladas.

"Dentro de este orden de ideas, el auto dictado por el Tribunal, al aceptar la coadyuvancia, no hizo nada distinto que interpretar esa situación cabalmente, y reconoció dichos peticionarios como simples coadyuvantes del actor.

"Por eso el inciso 2o. del artículo 52 del Código Judicial; dice:

"El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no implique disposición del derecho en litigio".

"Lo anterior es suficiente, para dejar muy claramente expuesto, cómo el memorial presentado por el doctor Elí Galarza Jiménez, en su calidad de vocero y apoderado de los coadyuvantes debía tenerse en cuenta en la medida en que sus peticiones no contrariaran la acción instaurada originalmente y no fueran más allá de las formuladas en su demanda. Cualquier petición adicional que se opongan al juicio, tal como fué planteado o que vaya más allá de las intenciones del actor, tienen que ser desestimadas (sic) por el fallador y no pueden, (sic) en ninguna forma, perjudicar el proceso ya iniciado.

> "El hecho de que sea una misma persona quien inició la acción pública y quien recibió poderes de terceros para representarlos e intervenir a su nombre en el juicio, no cambia, en nada, la situación jurídica anteriormente planteada, pues, así como circunstancialmente es una misma la persona actuante en el proceso, los coadyuvantes podrían haberle dado representación a cualquier otro abogado en ejercicio, quien en la actuación correspondiente, no podría, en forma alguna, ni entrabar, ni perjudicar, ni ir más allá de lo que el coadyuvado ha querido".

Y termina el concepto con esta proposición:

> "En estas condiciones, la Fiscalía considera que la sentencia de carácter formal dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, merece ser revocada y el expediente correspondiente debe ser remitido al Tribunal de origen, para que entre a fallar el asunto en el fondo, ya que si el Consejo de Estado lo hiciera en esta oportunidad, estaría pretermitiendo una instancia y la oportunidad de defensa, tanto para el actor, como para la Administración Pública".

Narrados como quedan los antecedentes del asunto *sub judice,* es oportuno analizar sus distintos aspectos:

1. La coadyuvancia en los juicios contencioso administrativos.

La persona que ejerce el derecho de acción concreta en la demanda el alcance de sus aspiraciones, que usualmente buscan la anulación de un acto u operación administrativa por reputarlos el actor como contrarios a normas de rango jurídico más alto y que, en ocasiones también, intentan obtener como consecuencia de la anulación el resarcimiento de perjuicios ocasionados por la Administración, el reconocimiento o restablecimiento de derechos particulares cuyo quebranto se le atribuya a los actos impugnados.

De todos modos las pretensiones expresadas en el libelo constituyen la materia misma del proceso que comienza con el auto admisorio de él. Dichas pretensiones no pueden ser variadas por persona distinta del propio demandante, y ello apenas en la hipótesis particular de corrección de la demanda, que no permite tampoco sustituir radicalmente el primitivo libelo.

Lo anterior no significa sin embargo que esté vedada la intervención de terceros en los procesos contencioso administrativos. Al contrario, el artículo 89 permite que cualquier persona comparezca a los juicios de nulidad sea para coadyuvar o para impugnar la demanda y que en aquellos donde se busquen otras finalidades pueda intervenir quien demuestre tener interés en la suerte del proceso.

Pero de todos modos quien acude al juicio después de empezado por iniciativa de persona distinta sólo puede apoyar la causa del actor delimitada

por la demanda u oponerse a las peticiones contenidas en ella, sin que le sea dable a ningún tercero interviniente ampliar o restringir la materia controvertida, los móviles o las consecuencias del proceso. El tercero es un recien llegado al juicio que es recibido como adherente accidenteal, sea para actuar en pro o en contra de las tesis del demandante, pero sin derecho a que por su causa se retrotraigan los trámites ya cumplidos, pues ingresa al proceso tal cual esté al hacerlo, ya en lo que atañe a los alcances que le haya fijado el titular del derecho de acción, o demandante, o ya en lo que respecta a las actuaciones consumadas o a las etapas precluídas.

Estos razonamientos, además de las interesantes reflexiones hechas sobre el punto en el concepto fiscal, dejan en claro que erró el fallo recurrido al entender que la pretensión de unos simples coadyuvantes podía variar los alcances del juicio fijados inequivocamente en su demanda por el titular de la acción,hasta el punto de hacer inepta esa demanda.

Por el contrario, ese intento de unos terceros adherentes al juicio, asi estuvieran patrocinados profesionalmente por quien ejerció el derecho de acción, resulta inane y no merece siquiera mencionarlo en la sentencia por ser tema extraño en absoluto al contenido mismo del proceso. Menos aún puede ser impedimento dirimente para que el fallador se pronuncie en concreto sobre las peticiones de la demanda.

Pero si la Sala comparte en este aspecto el concepto fiscal y habrá de revocar la decisión del Tribunal, no acontece lo mismo en cuanto atañe a la devolución del proceso a aquella oficina para que haga un pronunciamiento de fondo, pues las consideraciones que trae el concepto no se acomodan a la naturaleza propia del juicio contencioso administrativo ni al trámite rápido que el legislador desea que se les dé a los de naturaleza electoral.

Así se demostrará en el capítulo siguiente de esta providencia.

2. Características específicas del proceso contencioso administrativo.

Como quedó esbozado en el capítulo anterior, el fin primordial del juicio contencioso administrativo es la defensa del orden jurídico institucional, característico del Estado de Derecho, al permitirle a tribunales especializados que, por iniciativa de cualquier persona, puedan juzgar los actos de la Administración en cuanto a su constitucionalidad, legalidad o acomodo a textos de rango superior en el elenco normativo.

Y no se desvirtúa esa finalidad primordial por la circunstancia de que no siempre obre el demandante con el móvil altruista de defender el imperio de la ley sino que busque en ocasiones la satisfacción de un interés particular,

desde luego que el logro de este último propósito exige la demostración previa de que el acto al que se atribuye daño concreto al gobernado es contrario a derecho y merece anularse. O sea que antes de proveer remedio al mal privado, ha de estar restablecida la incolumidad del régimen jurídico objetivo, razón de ser esencial del juicio de que se trata.

Se justifica entonces que un proceso, donde el interés colectivo o general prima ostensiblemente sobre el particular y donde se acusan actos gubernamentales y no se demandan personas, esté revestido de menores pompas y requisitos que el juicio contencioso civil, en el cual es indispensable que el demandado goce de garantías suficientes para defenderse de las aspiraciones que a expensas suyas, tiene el demandante al ejercer una acción contra él.

Pero así como aún en materia civil el derecho de defensa del demandado no puede extralimitarse hasta el punto de retardar indefinidamente la efectividad de un legítimo derecho del actor o de hacerlo nugatorio al través de recursos o incidentes vacíos de contenido jurídico pero llenos de malicioso formulismo procesal, en el juicio contencioso administrativo las formas o ritos estereotipados o rutinarios han de ceder ante el derecho sustancial, así como el interés particular cede ante el general, según quedó visto.

No puede pensarse entonces que en el proceso contencioso administrativo la llamada garantía de las dos instancias tiene el mismo valor y la misma importancia como forma de derecho de defensa que en el proceso civil. Tanto es así que el legislador mismo al distribuir la competencia para el conocimiento de los diversos asuntos entre los organismos que componen la jurisdicción de lo contencioso administrativo, le atribuye al Consejo de Estado la decisión en única instancia de los negocios que por su cuantía o por su transcendencia jurídica o social pueden considerarse como de primera magnitud dentro de la especialidad. Basta repasar los textos pertinentes del Decreto Ley 528 de 1964 y demás normas sobre la materia para convencerse de que así es.

Asimismo, no puede predicarse la vigencia absoluta en el juicio contencioso administrativo de principios que como el llamado de la *reformatio in pejus* son de obligatoria observancia en el proceso civil, pues la distinta índole y las diversas finalidades que se persiguen en uno y en otro imponen que así acontezca.

En efecto, el fin cardinal del proceso administrativo, que es la tutela del orden jurídico, se cumple con el pronunciamiento certero de la jurisdicción de lo contencioso sobre la legalidad o ilegalidad del acto acusado, sea que

triunfe o no triunfe en sus pretensiones quien lo impugnó que, de todos modos, nada pierde ni nada gana, cuando menos como consecuencia directa e inmediata del proceso, con la sentencia favorable o desfavorable a su solicitud de anulación. Es obvio entonces que en esta hipótesis la *reformatio in pejus* no puede ser cortapisa para que el tribunal de segunda instancia examine en su totalidad el proceso de mera anulación, así sea que sólo haya apelado del fallo el actor.

Ello acontece siempre en los llamados juicios electorales, que son apenas una forma específica del proceso de simple nulidad en la cual sólo es atendible, sin excepción alguna, el interés colectivo, sea para defender la pureza del sufragio popular, para tutelar los preceptos que fijan calidades de elegibilidad o causales que impidan hacerlo, o para hacer respetar en todo caso el régimen jurídico objetivo.

Hipótesis distinta y ajena por completo al juicio electoral, según quedó visto, es aquella en que el actor no se limita a impetrar la anulación de providencias gubernamentales sino que busca también satisfacer un interés personal, porque entonces sí debe operar el principio de la *reformatio in pejus* en lo que respecta a la satisfacción de ese interés y a la declaración de nulidad del acto acusado como base de tal satisfacción, salvo que a pesar de ser el demandante el único que apela contra el fallo, exista la consulta de éste a favor de la Administración y por ministerio expreso de la ley.

Y si, como lo demuestran las reflexiones anteriores, el principio del doble grado de jurisdicción, o de las dos instancias, y el de la *reformatio in pejus* no tienen vigencia rigurosa como garantía del litigante en el proceso contencioso administrativo, mal pueden servir de pretexto para devolverle al juzgador de primera instancia un negocio con la orden de que califique la procedencia o improcedencia en concreto de las súplicas del actor, es decir que dicte un llamado fallo de fondo, cuando en realidad ese juzgador ya expresó su concepto, certero o erróneo pero concepto al fin, sobre el asunto que tuvo a su estudio y cuando también al proferir sentencia, buena o mala, estimatoria o desestimatoria de la acción por motivos formales o sustanciales, de todos modos agotó la instancia, hasta el punto de que si su decisión no hubiese sido apelada en tiempo oportuno, como lo fue en este caso, con ella hubiera concluído definitivamente el proceso conforme a la ley y por el medio normal de conseguirlo.

Se impone, por lo tanto, el análisis de la materia concreta de este juicio, a pesar de la opinión contraria de la fiscalía.

3. Inexequibilidad de los Acuerdos Municipales, sus consecuencias.

Dentro de las llamadas entidades territoriales colombianas, que mejor son personas morales de derecho público del orden político, los municipios son subalternos de los departamentos, asi como ellos lo son de la Nación, sin que tal dependencia política implique también la absoluta dependencia administrativa de éstos a aquella o del municipio al departamento, ya que las dos últimas especies de entes gozan de autonomía en el manejo de sus bienes y rentas y en otros aspectos pero, claro está, dentro del marco de la Constitución y las leyes, que establecen como regla general la tutela de los municipios por parte de los Gobernadores.

De los atributos que se derivan de dicha tutela debe estudiarse ahora la facultad de revisión de los actos de Alcaldes y Concejos Municipales concedida a los Gobernadores por el Artículo 194, ordinal 8o., de la Constitución y reglamentada en los artículos 127, ordinal 8o. y 177 del Código de Régimen Político y Municipal.

Según dichos preceptos, el Gobernador debe examinar los actos de los Concejos y de los Alcaldes, cuya copia han de enviarle estos últimos, para esclarecer si son inconstitucionales o ilegales y, en caso afirmativo, revocar él mismo los expedidos por el Alcalde y remitir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo los Acuerdos Municipales para que decida de plano sobre su exequibilidad.

O sea que si el acto injurídico proviene del Alcalde puede el Gobernador declararlo insubsistente por propia iniciativa. Pero si emana del Cabildo, ha de pasárselo al Tribunal Administrativo para que sea éste quien resuelva, con el fin de evitar conflictos o polémicas entre un agente directo del Gobierno Nacional y una corporación local de elección popular.

Empero, si el Tribunal se pronuncia por la inexequibilidad del Acuerdo, esa decisión equivale jurídicamente a la revocatoria de un acto del Alcalde hecha por el Gobernador pues, de todos modos, los Concejos son corporaciones administrativas y no políticas a pesar de su origen popular. (C.N. 196) y, por ende, el hecho de que la tutela de la legalidad en el ámbito municipal se desplace en este caso del Gobernador hacia el Tribunal no implica en modo alguno que actuaciones derivadas de las mismas normas y con idéntica finalidad produzcan efectos diferentes por la mera circunstancia de emanar de agencias u organismos estatales distintos.

Es entonces clarísimo que la declaración de inexequibilidad de un Acuerdo hecha por el Tribunal Administrativo lo deja insubsistente y hace cesar

también los actos cumplidos en desarrollo de sus normas, pues al desaparecer éstos, quedan sin sustento jurídico aquellos.

Asi acontece, por ejemplo, con la elección o nombramiento de personas para ocupar empleos creados por Acuerdo declarado inexequible.

4. Nombramientos en interinidad hechos por los Alcaldes.

Con el fin de evitar que por la falta de un funcionario o empleado lleguen a entorpecerse las labores de la Administración, a suspenderse o dificultarse la prestación de un servicio público oficial, el artículo 249 del Código Político y Municipal le atribuye a la primera autoridad política del lugar, o sea el Alcalde en los Municipios, la facultad de nombrar un interino en el cargo vacante mientras el organismo, autoridad o corporación a quien corresponda proveerlo designa o elige a la persona que deba ejercerlo.

Y como la declaración de inexequibilidad de un Acuerdo, equivale a su revocatoria según quedó estudiado, hace retornar la vigencia del estatuto que buscó derogar, es indudable que si aquel creaba cargos para reemplazar otros previstos en éste, los nuevos cargos quedan insubsistentes y los antiguos renacen para suplir el defecto de los desaparecidos y evitar así una parálisis administrativa por causa del Acuerdo contrario a derecho.

Pero es claro que los empleos renacientes están vacantes al volver a la vida, por causa de la solución de continuidad en su existencia que ocasionó el Acuerdo inexequible. Entonces han de ser previstos, asi sea interinamente, por la primera autoridad política municipal, o sea el Alcalde, para que no se paralice en todo o en parte la Administración por carencia de empleados.

Así permite hacerlo el artículo 249 del Código de Régimen Político y Municipal, de aplicación indudable para el caso.

5. Conclusiones para el asunto sub judice.

Las reflexiones contenidas en los dos capítulos anteriores dejan establecido que la declaración de inexequibilidad de los Acuerdos 4 y 33 de 1971 del Concejo de Riosucio por el Tribunal Administrativo de Caldas, hizo nugatorio el intento de variar el número y la composición de la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales y privó de efecto a la elección de los directores que realizó el Cabildo en desarrollo de aquellos actos contrarios a la legalidad.

Esclarecen, asimismo, que la Junta de las Empresas recobró la composición prevista en el artículo 5o. del Acuerdo 15 de 1969, expedido por el mismo

Concejo, pues no sería posible entender que la administración de las Empresas quedara acéfala por la intromisión de aquellos actos inexequibles que se denominaron Acuerdo 4 y Acuerdo 33 de 1971.

Y hacen patente, por último, que como el número de cargos de directores de las Empresas señalado por el Acuerdo 15 es distinto del que intentaron fijar los Acuerdos revocados por el Tribunal, al renacer los cargos primitivos, quedaron vacantes mientras el Concejo los proveyera en la forma dispuesta por el Acuerdo 15.

Pero como las Empresas no podían permanecer sin dirección entre tanto, ha de concluirse que el Alcalde de Riosucio en el Decreto 40, impugnado en el juicio, aplicó rectamente el artículo 249 del Código de Régimen Político y Municipal cuando nombró directores interinos de las Empresas Públicas para que las administraran mientras el Cabildo hacía la elección en propiedad.

Es evidente entonces que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase en todas sus partes la sentencia apelada y, en su lugar, no se accede a lo impetrado en la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue estudiada y aprobada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sesión del 5 de Mayo de mil novecientos setenta y dos.

Alfonso Castilla Saiz — *Alfonso Arango Henao* — *Lucrecio Jaramillo Vélez* — *Osvaldo Abello Noguera* — *Miguel Lleras Pizarro* — *Eduardo Aguilar Vélez* — *Humberto Mora Osejo* — Con salvamento de voto — *Nemesio Camacho Rodríquez* — *Alvaro Orejuela Gómez* — Con salvamento de voto — *Jorge Dávila Hernández* — Con salvamento de voto — *Carlos Portocarrero Mutis* — Con salvamento de voto — *Hernando Gómez Mejía* — Con salvamento de voto — *Gabriel Rojas Arbeláez* — *Juan Hernández Sáenz* — *Gustavo Salazar T.* — *Rafael Tafur Herrán.*

Hernando Franco Rojas
Secretario.

Los suscritos Consejeros quieren dejar la siguiente constancia:

En el momento en que se discutió el anterior proyecto pensaron que el negocio debía volver al Tribunal para que se dictara sentencia de mérito por haber considerado que la decisión inhibitoria era un simple acto procesal. Sin embargo, posteriores reflexiones nacidas de la lectura atenta del artículo 311 del nuevo Código de Procedimiento Civil los han llevado al convencimiento de que la decisión de la sentencia está ajustada a derecho.

Pero como de acuerdo con el artículo 23 del Reglamento ya no era posible una nueva votación no pudimos por ello adherir a la excelente providencia elaborada por el Consejero Dr. Juan Hernández Sáenz.

Como consecuencia de lo dicho esta constancia no puede considerarse propiamente como salvamento de voto.

Bogotá, mayo nueve (9) de mil novecientos setenta y dos (1972).

Hernando Gómez Mejía
Carlos Portocarrero Mutis

SALVAMENTO DE VOTO

Con todo respeto por la decisión mayoritaria, disentimos de la sentencia anterior en cuanto no se limita a revocar la providencia objeto del recurso de apelación y a devolver el expediente al Tribunal para que dicte sentencia de mérito, sino que decidió en el fondo el asunto, pretermitiendo el principio de las dos instancias, por los siguientes motivos:

1. **La providencia del Tribunal.** El Tribunal Administrativo de Caldas, por providencia del 17 de noviembre pasado, objeto del recurso de apelación, declaró probada "la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda", por considerar que la acción de nulidad incoada por el doctor Elí Galarza Jiménez y la coadyuvancia de varias personas, representadas por éste, en la cual piden el restablecimiento de su pretenso derecho, son antinómicas o contradictorias. Compartimos el criterio sustentado en la sentencia en el sentido de que "erró el fallo recurrido al entender que la pretensión de unos simples coadyuvantes podía variar los alcances del juicio fijados inequívocamente en su demanda por el titular de la acción", por lo que también estimamos que el Tribunal debió dictar sentencia de mérito.

2. **El Alcance jurídico de la decisión del Tribunal.** El Tribunal, no obstante que impropiamente declaró probada "la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda", funda su decisión en la consideración de que la indebida acumulación de acciones lo inhibe "para dictar sentencia de fondo", por falta del presupuesto procesal, denominado de demanda en forma indispensable para que exista válidamente la relación jurídico–procesal. "La jurisprudencia nacional –sostuvo la Corte– en casos como estos ha hablado impropiamente de una excepción perentoria (ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente (demanda en forma)...", cuya declaración sólo significa "que la acción, en caso de existir, no puede adelantarse en el proceso irregularmente iniciado..." (Casación Civil, sentencia del 19 de agosto de 1954, G.J. Tomo LXXVIII, Págs. 349 y 351). Por tanto, se trata de una providencia inhibitoria, que declara la falta del presupuesto procesas de demanda en forma, que impide dictar sentencia de mérito.

3. **La competencia funcional en el caso sub judice.** De conformidad con los Arts. 35, Ord. 1o., 54, Ord. 6o. y 191, Inc. 2o. del C.C.A., habida consideración del monto del Presupuesto de Rentas y Gastos del Municipio de Riosucio en 1971, el Tribunal Administrativo de Caldas conocía del juicio en primera instancia, por lo que al Consejo correspondía conocer del recurso de apelación contra la providencia del 17 de noviembre pasado proferida por aquél. Pero, estimamos que, por tratarse de providencia inhibitoria, el Consejo al revocarla no debió resolver sobre el fondo del asunto, sino disponer que el Tribunal pronunciara sentencia de mérito, por las siguientes razones:

La decisión adoptada por el Consejo es contraria al principio de las dos instancias, pues sabido es que la providencia inhibitoria materia del recurso, no es sentencia en el sentido material como quiera que, según voces del artículo 302 del C. de P.C., por tal ha de entenderse la providencia que decide sobre las pretensiones de la demanda o sobre las excepciones que no tengan el carácter de previas, requisitos que no reune la proferida por el Tribunal a–quo.

Refuerza este criterio el principio contenido en el artículo 311, infine, de la misma obra, conforme el cual, cuando el Juez de primera instancia deja de resolver en la sentencia la demanda de reconvención o alguna de las demandas de procesos acumulados, "se le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria". Si ello es así, en tratándose de sentencias afectadas de un vacío parcial, con cuanta mayor razón deberá procederse en igual forma cuando se trate de una providencia inhibitoria que deja por fuera del estudio y la decisión del a–quo la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Por lo anterior no compartimos lo expuesto en la sentencia cuando afirma:

> "No puede pensarse entonces que en el proceso contencioso administrativo la llamada garantía de las dos instancias tiene el mismo valor y la misma importancia como forma de derecho de defensa que en el proceso civil. Tanto es así que el legislador mismo al distribuir la competencia para el conocimiento de los diversos asuntos entre los organismos que componen la jurisdicción de lo contencioso administrativo, le atribuye al Consejo de Estado la decisión en única instancia de los negocios que por cuantía o por su transcedencia jurídica o social pueden considerarse como de primera magnitud dentro de la especialidad. Basta repasar los textos pertinentes del Decreto Ley 528 de 1964 y demás normas sobre la materia para convencerse de que así es".

Como el procedimiento es de orden público y su incumplimiento conlleva nulidad de la actuación, el criterio que informa el pasaje transcrito equivale a desconocer las normas que regulan los procesos y significa que el Consejo de Estado puede darle trámite y fallar válidamente y en una sola instancia un negocio sometido en primera instancia a los Tribunales Administrativos, so pretexto de que los negocios "de primera magnitud" están sometidos a su conocimiento en única instancia, lo cual resulta francamente contrario al orden jurídico.

4. **La reformatio in pejus.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y se entiende interpuesta en la desfavorable el apelante sin que el superior pueda enmendar la providencia en la parte que no fué objeto del recurso (Art. 350 del C. de P.C.).

Estos son principios universales de derecho, de general aplicación y, por lo mismo, no compartimos la tesis de que no tienen "vigencia rigurosa como garantía del litigante en el proceso contencioso Administrativo", vigencia que, contradictoriamente, sí reconoce al fallo cuando se "busca también satisfacer un interés personal", en cuyo caso sí debe operar. Esto de supeditar la aplicación de claros principios del derecho expresamente consignados en nuestra legislación positiva, "el interés personal", del actor, no parece ser de recibo ni en el Derecho Administrativo, ni en cualquier otro campo de la ciencia jurídica.

En el caso sub–judice se tiene que el demandante apeló de una providencia inhibitoria por haber estimado el Tribunal, erróneamente que se estaba frente a una indebida acumulación de acciones. En tales condiciones, el Consejo solo podía examinar si existia o no la indebida acumulación de acciones y si el Tribunal a-quo debía o no dictar fallo de mérito, límites que forzosamente imponen el propio contenido de la decisión apelada. Al no proceder así y negar las peticiones de la demanda, previa revocatoria de la

sentencia recurrida, es evidente que se pronunció sobre una cuestión "no decidida en la providencia de primer grado", a más de la cual se hizo mucho más gravos la situación del apelante, con quebranto de las disposiciones legales que regulan el recurso de apelación.

Fecha ut supra.

Humberto Mora Osejo — Jorge Dávila Hernández — Alvaro Orejuela Gómez

Hernando Franco Rojas
Secretario General

ELECTORALES

CONCEJOS MUNICIPALES. *Prueba de los nombramientso que realicen. Los requisitos que establece el Artículo 2o. del Decreto 49 de 1932, se refieren a los nombramientos en propiedad y en interinidad.*

Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Bogotá, D.E., mayo diez de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez.

Ref.: Juicio 1865 Demandantes: Octavio Aristizábal Correa y Sergio Higuita Moscoso. Electoral.

En ejercicio de la acción electoral, los señores *Octavio Aristizábal Correa* y *Sergio Higuita Moscoso,* demandaron ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, la nulidad de la elección, en interinidad, de Personero, Tesorero y Contralor del Municipio de Medellín y de Auditor de las Empresas Públicas de esa ciudad, hecha por el Concejo Municipal, en la sesión celebrada el día 27 de enero de 1971.

Se atacan dichos nombramientos por haberse procedido a su realización, con violación del artículo 2o. del Decreto 49 de 1932, pues no hubo señalamiento de día y hora para la elección, con tres días de anticipación por lo menos.

Como la copia del acto acusado no fue acompañada a la demanda, y en cumplimiento de la petición en ella formulada, el Tribunal solicitó su expedición al Secretario del Concejo Municipal, quien manifestó en Oficio del 17 de febrero de 1971 (folios 7 y 8), que de conformidad con los artículos 165 de la Ley 4a. de 1913, 88, 90 y 333 del Reglamento de la Corporación, y por no haber sido aprobada aún en el Acta de la sesión del 27 de enero del año citado, no era posible expedir la copia respectiva, "pues si así se hiciere, se correría el riesgo de que ella fuera modificada, con lo cual su contenido, en un caso dado, no tendría exactitud".

No obstante la ausencia de la copia del acto impugnado, el a–quo admitió la demanda y ordenó darle el trámite de rigor.

Posteriormente, y antes de citar a las partes para sentencia, el Secretario del Concejo de Medellín, con fecha 4 de mayo de 1971 (folio 14), envió al Tribunal una copia del acto acusado, es decir, del Acta de la sesión verificada el 27 de enero de 1971, con la constancia de que ésta aún no había sido aprobada por la Entidad edilicia.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, en sentencia del 11 de junio de 1971, aunque admite que "el proyecto de Acta, elaborado por el Secretario y respaldado con su firma, tiene para el Tribunal el valor de prueba suficiente de los nombramientos en litigio", considera que los demandantes no probaron los hechos en que sustentan su acción y que por consiguiente, el fallo deberá ser adverso a las súplicas del libelo.

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado es de opinión que debe confirmarse la sentencia recurrida, pues estima que "el escrito aportado al proceso, al no llenar los requisitos legales, no podía servir de respaldo a las pretensiones del demandante por lo cual estas no pueden prosperar".

Para decidir la Sala *Considera:*

Es verdad que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado en forma explícita "la exigencia de acompañar a la demanda el acto acusado como un requisito fundamental para la prosperidad de la acción, porque su inexistencia en el juicio impide al fallador entrar en el fondo del negocio. Esto equivale a dejar sencillamente establecido que el procedimiento ante esta jurisdicción es ineficaz, cuando no ha sido traída a los autos la copia hábil que la Ley exige". (Anales Nos. 397–398, pág. 277).

Lo anterior quiere decir que el acto enjuiciado debe estar presente, en una u otra forma, en el informativo.

Procede examinar ahora si lo está en el negocio sub–judice:

El acto que se acusa consiste en los nombramientos de Personeros y otros funcionarios del Municipio de Medellín, verificados por el Concejo Municipal, en la sesión del 27 de enero de 1971. Tales designaciones se hicieron oralmente; su prueba normal sería el Acta de la sesión celebrada en esa fecha, pero dicho documento no es la condición de su validez ni su prueba única. En este caso, como hasta el 4 de mayo de 1971 los Concejales de Medellín no habían tenido a bien aprobar el Acta mencionada, ni hasta el momento el Secretario del Concejo ha dado respuesta al auto que para mejor proveer dictó esta Sala, piensa entonces la Corporación que el proyecto de Acta suscrito por el Secretario del Cabildo, es prueba suficiente de todo cuanto sucedió en la sesión del 27 de enero de 1971, tanto más que en el expediente consta que los funcionarios elegidos tomaron debida posesión de sus cargos pocos días después de ser designados. (folios 56 a 64).

Sostener que la única prueba factible de nombramientos similares es solamente el Acta aprobada, sería muchas veces exigir lo imposible; y las Corporaciones Municipales podrían dilatar indefinidamente la aprobación de

ellos, a objeto de no constituir la prueba que los litigantes necesitan, evitando así el control jurisdiccional de sus actos administrativos.

En cuanto al fondo mismo del litigio, establece el artículo 2o. del Decreto 49 de 1932:

> "Los Concejos Municipales no podrán proceder a la elección de los empleados cuyo nombramiento les corresponde, sino después de haber señalado día y hora para ello, con tres días completos de anticipación por lo menos y en virtud de proposición aprobada por la misma Corporación"

Ahora bien, del proyecto de Acta, cuya fiel copia está suscrita por el Secretario del Concejo Municipal de Medellín, aparece que esos requisitos no se cumplieron en el caso a estudio. En efecto, a folio 20 del expediente se lee:

> ". . .Interviene el señor Concejal Estrada Vélez, para explicar lo relativo a estos nombramientos, y dice:
>
> "Como estamos procediendo con sujeción estricta a la Ley y al Reglamento del Consejo y como en el Código de Régimen Político y Municipal se ordena que para la elección en propiedad de estos funcionarios se señale fecha con tres días de anticipación, es obvio que el Concejo no puede, sin incurrir en vicios de nulidad, nombrar o elegir en propiedad, pero sí puede, en cambio, sin someterse a esos requisitos del Código de Régimen Político y Municipal, elegir en interinidad cuando a bien lo disponga".

De esta declaración surge, claramente, que la elección se hizo sin señalar día y hora con tres días completos de anticipación. Pero la Sala no esta de acuerdo con el concepto del edil Estrada Vélez, cuando asevera que ese requisito sólo dice relación a los nombramientos en propiedad, mas no a aquellos que se hagan en interinidad, puesto que la norma legal anteriormente transcrita, se refiere a toda clase de nombramientos, sin distinción alguna. En consecuencia, las designaciones hechas por el Concejo Municipal de Medellín, en el caso de autos, están viciadas de nulidad y así habrá de declararse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su colaborador Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero. Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal

Contencioso Administrativo de Antioquia, con fecha once (11)de junio de mil novecientos setenta y uno (1971).

Segundo. Declárase la nulidad de los nombramientos que, en interinidad, hizo el Concejo Municipal de Medellín, en la sesión del día veintisiete (27) de enero de mil novecientos setenta y uno (1971), para Personero, Tesorero y Contralor del Municipio de Medellín y del Auditor de las Empresas Públicas de esa ciudad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión verificada el cinco (5) de mayo de mil novecientos setenta y dos (1972).

Alfonso Castilla Sáiz – Presidente – *Alvaro Orejuela Gómez – Alfonso Arango Henao Oswaldo Abello Noguera – Eduardo Aguilar Vélez – Nemesio Camacho Rodríguez – Jorge Dávila Hernández – Hernando Gómez Mejía – Juan Hernández Sáenz – Lucrecio Jaramillo Vélez – Miguel Lleras Pizarro – Humberto Mora Osejo – Carlos Portocarrero Mutis – Gabriel Rojas Arbeláez – Gustavo Salazar Tapiero – Rafael Tafur Herrán*

Hernando Franco R.
Secretario

ELECTORALES

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA DESEMPEÑAR CARGOS PUBLICOS. Régimen de las inhabilidades y las incompatibilidades. Diferencias entre ellas. Solo la Constitución y la ley pueden prescribir causales de inhabilidad e incompatibilidad para desempeñar cargos públicos nacionales y locales. La Constitución y el Régimen de las inhabilidades e incompatibilidades para desempeñar cargos públicos.

ELECTORALES. En el problema electoral es necesario distinguir entre la inelegibilidad y la incompatibilidad. Reformas constitucionales que han restringido el ámbito de autonomía administrativa regional. Esfuerzo jurisprudencial que debe hacerse para salvar lo poco que queda de la autonomía regional. Si es cierto que la ley es la única que puede establecer incompatibilidades, nada impide que las ordenanzas pueden establecer inhabilidades para desempeñar ciertos cargos. El Ord., 8o., del Art., 187 de la Constitución, que dispone que corresponde a las Asambleas organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años, les permite señalar causales de inhabilidad para desempeñar el mencionado cargo.

ELECTORALES. *Diferencias* entre incompatibiidades e inhabilidades. Las Asambleas se mueven exclusivamente en una órbita para el desempeño de funciones adminstrativas. El derecho de ser elegido para cargos públicos forma parte de los derechos políticos y civiles que son regulados exclusivamente por la Constitución o la ley. La misma Constitución señala, en el artículo 62, el criterio en la materia y atribuye al legislador la competencia para limitar esos derechos, como lo provee el artículo 2141 del C. de R. P y M.

Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Bogotá, D.E., mayo veinticinco de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía

Ref. Exp. No. 16
Electoral. Actor: Teófilo Rosero E.

En la demanda presentada el 10 de diciembre de 1970 ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento de Nariño, el doctor Teófilo Rosero E., en su propio nombre, pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

> "**Primero.** Que es nulo el Acto Administrativo por medio del cual la Asamblea del Departamento de Nariño eligió Contralor General del Departamento al Dr. Isauro Marino Arturo, en su sesión del día viernes 27 de noviembre de 1970. (Acta No. 23)".

"**Segundo**. Que se declare asimismo la nulidad del Acto Administrativo por medio del cual se aprobó el Acta en la que figura el nombramiento del señor Dr. Isauro Marino Arturo como Contralor General del Departamento."

"**Tercero**. Como consecuencia de lo anterior que se comunique al señor Gobernador del Departamento, para que se abstenga de darle posesión correspondiente."

"**Cuarto**. Que se comunique al señor Contralor del Departamento que actualmente ejerce sus funciones, se abstenga de entregar la oficina hasta la fecha que sea reemplazado en forma legal".

Los hechos pueden sintetizarse así:

En la sesión del día 27 de noviembre de 1970, la Asamblea de Nariño eligió al doctor Isauro Marino Arturo, Contralor General del Departamento, quien en esta época desempeñaba el cargo de Secretario de Gobierno de la Administración Departamental. El acta de la sesión de ese día fue aprobada en la siguiente verificada por la Asamblea, en virtud de convocatoria hecha por el Gobernador, es decir en sesión extraordinaria.

Cita como disposiciones violadas las siguientes: artículos 102 literal 2o., 187 literal 8o., 190 (artículo 59 Acto Legislativo 1968), 192 (Acto Legislativo No. 1 de 1945), y 215, todos de la Constitución Nacional y 97 literales 17 y 99 del Código de Régimen Político y Municipal: Del Código Contencioso Administrativo, artículos 62, 63, 66 "en el procedimiento artículos 84, 124 y siguientes, y además concordantes de la misma obra". Ordenanzas: 55 de 1959 y 70 de 1961 (Art. 374). Decreto Gubernamental No. 688 de 1970, "por el cual se llamó a sesiones extraordinarias".

En cuanto al concepto de violación se expresa así:

"1o. Se eligió a un ciudadano inelegible, es decir, impedido para ser tal, a la luz de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ordenanza No. 55 de 1959, cuya vigencia es indiscutible".

"2o. No se acreditaron las calidades que exige y requiere el artículo 190 de la Constitución Nacional para ser elegido Contralor Departamental. Acto que debió cumplir en legal forma el ciudadano escogido como tal. Tampoco se ha confirmado tal nombramiento, según aparece de la constancia expedida por la Presidencia de la Asamblea y del Acta posterior; este es requisito ineludible cuando se trata de nombramiento o elección, que para el caso es lo mismo, de un ciudadano para un cargo"

"3o. Pero si esto fuera poco, la Asamblea Departamental de Nariño eligió Contralor *General* del Departamento cargo que constitucional ni legalmente existe, pues la nomenclatura de los cargos es de ley. Efectivamente, entre las atribuciones dadas por la Constitución en el numeral 8o., del artículo 187 de la misma están las de "organizar la Contraloría Departamental y elegir para un período de dos años". No habla de Contraloría GENERAL en ningún caso. Luego, el artículo 190 de la Carta dice: "Para ser elegido Contralor DEPARTAMENTAL se requiere. . . etc.", pero no habla de Contralor General". Agrega a este respecto que el artículo 374 de la Ordenanza 70 de 1961, "Código Fiscal de Nariño", habla de Contralor Departamental y no de Contralor General por lo cual "El cargo de Contralor General del Departamento no existe en la estructura administrativa, ni es de creación legal. . .".

En memorial de fecha 19 de febrero de 1971, el doctor Cesar Enrique Riascos solicitó que se le tuviera como parte impugnadora, calidad que le fue reconocida por auto de 1o. de marzo de 1971.

El impugnador solicitó que se declarara la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, a lo cual el Tribunal no accedió por las razones expuestas en el auto de fecha 10 de mayo de 1971. Esta providencia fue apelada por el mismo impugnador y el Tribunal concedió el recurso por lo cual este negocio vino al Consejo en aquella ocasión. El recurso fue resuelto por auto de fecha 31 de julio de 1971 en el sentido de abstenerse de considerarlo, por improcedente. Este aspecto fue estudiado nuevamente en la sentencia que puso fin al negocio, objeto del presente recurso, llegando a la misma conclusión expuesta en el auto de 10 de mayo de 1971, es decir, a que si no existía ninguna causal de nulidad que invalidara lo actuado, con lo cual está de acuerdo la Sala.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño en sentencia de fecha 25 de noviembre de 1971 denegó las peticiones de la demanda, providencia contra la cual el demandante interpuso el recurso de apelación, por lo cual el negocio llegó a conocimiento de esta Corporación.

Para resolver se considera:

El señor Fiscal 1o., de la Corporación Dr. Carlos Ramírez Arcila en su vista solicitó que se confirmara la sentencia del Tribunal entre otras razones por la siguiente:

"Artículo 62. La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación y

la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público".

"Como puede verse, la Constitución Nacional no sólo establece lo que se requiere para ser elegido Contralor Departamental, sino que respecto a incompatibilidad y antecedentes, expresamente dispone: "La ley determinará los casos de incompatibilidad de funciones" y "las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos". Para ser elegido tanto Contralor General de la República (artículo 59), como Contralor Departamental, la Constitución exige condiciones pero no establece incompatibilidades con el ejercicio anterior de determinados cargos."

"Tales incompatibilidades sólo podrán disponerse por ley y en manera alguna por ordenanza y esta la razón para que no pueda invalidarse el nombramiento acusado por presunta violación de una ordenanza que estableció la prohibición del nombramiento de Contralor Departamental en personas que un año antes hubiesen desempeñado el cargo de Gobernador del Departamento o Secretario de éste."

El Tribunal no acogió propiamente el cargo de violación del artículo 10 de la Ordenanza No. 55 de 1959 por que consideró inconstitucional tal ordenanza aplicó la excepción consagrada por el artículo 215 de la Carta y argumentó así:

"El problema por resolver no es el acto de la elección en sí mismo considerado; pues de no existir los casos de incompatibilidad señalados en el artículo 10 de la Ordenanza No. 55 de 1959, la elección del Dr. Isauro Marino Arturo, sería indiscutible. Lo que se trata de dilucidar es, si la Asamblea Departamental podía desconocer su propio ordenamiento y elegir Contralor a una persona que estaba desempeñando el cargo de Secretario de Gobierno. Conviene entonces analizar el artículo 10 de la mencionada Ordenanza".

Continúa la sentencia analizando el artículo 10 de la Ordenanza 55 de 1959, relacionándolo con el artículo 62 de la Constitución, y dice que las Asambleas no pueden por medio de Ordenanzas establecer incompatibilidades para desempeñar cargos del orden nacional, departamental o municipal, como lo hace el mencionado artículo 10, y concluye así: "Por consiguiente, no habiendo previsto ni la Constitución ni la ley incompatibilidades para ejercer el cargo de Contralor Departamental, mal podía la Ordenanza 55 de 1959 en su artículo 10 determinarlas, porque al hacerlo, contrarió la jerarquía del ordenamiento jurídico del Estado. (Arts. 215 C, Nal 240 del C. de R.P. y Municipal y 63 del C.C.A). De tal manera que la Asamblea Departamental de Nariño, no estaba obligada a observar su propio mandato, para cumplir su función constitucional de elegir Contralor Departamental.

El artículo 10 de la Ordenanza No. 55 de 1959, cuya copia se trajo a los autos es del tenor siguiente: "No podrá ser elegido Contralor Departamental, ni Titular, ni Suplente, ni designado como interino, quien dentro del año anterior a la fecha de la elección, haya desempeñado los cargos de Gobernador del Departamento, Secretario del despacho, Tesorero General o Gerente de la Industria Licorera".

Este es el cargo principal que hace el demandante contra el acto impugnado, y demostró que la persona elegida para el cargo de Contralor de Nariño, en el momento de la elección, desempeñaba el cargo de Secretario de Gobierno.

El otro cargo consiste en que el Contralor elegido no demostró, antes de la elección, o para la confirmación del nombramiento, o para posesionarse, los requisitos o calidades señalados en el artículo 190 de la Constitución, modificado por el artículo 59 del Acto Legislativo No. 1 de 1968 para poder ser elegido Contralor Departamental.

Frente al problema electoral, ya se trate de elecciones populares, ya de las que realicen las Corporaciones Públicas es necesario distinguir entre la inelegibilidad y la incompatibilidad que en esencia se diferencian por la finalidad que ambas persiguen. La inelegibilidad tiene por objeto garantizar la regularidad del proceso electoral excluyendo de él a ciertas personas que, por su particular posición, situación o influencia pueden efectiva o potencialmente influír, perturbar o cambiar la libre voluntad de los electores; la incompatibilidad, en cambio, tiene como fin asegurar el ejercicio regular de la función pública, prohibiendo la acumulación de cargos en una sola persona, o la presencia en una determinada corporación, de personas que tienen entre sí vínculos de parentesco por consaguinidad o afinidad e igualmente la imparcialidad que la función pública exige frente a las cuestiones electorales que son esencialmente políticas.

Por otro aspecto se distinguen también ambas en que mientras la inelegibilidad se basa en imposibilidad jurídica de ser elegido válidamente y en consecuencia invalida de raíz la investidura, la incompatibilidad produce como consecuencia la imposibilidad jurídica de conservar el cargo en la administración cuando se ha sido designado para otro por un funcionario o por un cuerpo colegiado.

El artículo 62 de la Constitución establece que "la ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones", cosa muy distinta a las inhabilidades o motivos de inelegibilidad que estableció la ordenanza 55 de 1959, según la explicación dada anteriormente; no es pertinente por eso,

como lo afirma el Tribunal y lo sostiene el señor Fiscal de esta Corporación dejar de aplicar la ordenanza por la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 215 de la Carta.

De acuerdo con lo anterior es claro que si de conformidad con el texto constitucional sólo a la ley corresponde fijar las incompatibilidades para el ejercicio de las funciones públicas, no hay impedimento legal alguno para que las Asambleas Departamentales establezcan inhabilidades o motivos de inelegibilidad de los funcionarios cuyo nombramiento les está asignado.

El inciso 3o. del artículo 190 de la Constitución señala las calidades mínimas para desempeñar el empleo de Contralor Departamental y el 62 reserva a la ley la determinación para casos particulares de incompatibilidad de funciones y las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos en los casos no previstos por la misma Constitución. No se hace mención de las inhabilidades.

La armonización de la vieja contienda histórica entre centralización y descentralización se resolvió desde 1886 con la fórmula del señor Muñoz que él mismo explicó como el principio de la centralización política y la descentralización administrativa. La regla general consiste en que la competencia para administrar los bienes y rentas regionales corresponde a Asambleas y Concejos. La excepción debe tener origen constitucional bien porque la misma Constitución la consigne o porque autorice a la ley para hacerlo. Se requiere pues regla expresa para que rija lo excepcional.

Reformas constitucionales posteriores a 1886 han restringido el ámbito de la autonomía administrativa regional y autorizado a la ley para señalar límites al ejercicio de las potestades propias de Asambleas y Concejos. La reforma de 1968 fortaleció el sistema excepcional como puede observarse en el artículo 187 pero dejó libres algunas de las potestades propias del ámbito local. Así, aunque las Contralorías Departamentales se crearon por la Carta la facultad para organizarlas se dejó a las Asambleas sin expresa sujeción a reglamentos legales. Si organizar es establecer normas para asegurar la armonía, orden y dependencia de las partes que componen un conjunto, parece evidente que quien tiene la facultad para eso en cuanto hace a algún servicio público puede señalar las calidades indispensables para ejercer cada función, el modo de ejercerla y los inconvenientes para designar a su encargado.

Si se compara el numeral octavo con otros del mismo artículo 187 de la Constitución puede verificarse que en él no se hace referencia alguna a las condiciones adoptadas por ley. Desde luego la ordenanza no podría contrariar las condiciones y las incompatibilidades previstas en el estatuto

fundamental o en sus reglamentos legales pero no habiéndolos en relación con inhabilidades para ejercer el destino de Contralor debe respetarse el principio general de la descentralización administrativa en la pequeña porción que aún se reconoce a las regiones para arreglar los asuntos que naturalmente les incumben.

No debe olvidarse que buena parte de los infortunios que registra nuestra historia tuvieron su origen en la pretensión de sujetar a los poderes centrales el ejercicio de facultades que por su naturaleza, vista la diversidad de las idiosincrasias de los habitantes del territorio, compete a sus directos representantes locales. Agregar a las muchas limitaciones ya existentes otras no previstas expresamente en estatutos de superior jerarquía, por la vía de la interpretación jurisprudencial es políticamente desaconsejable y por razones históricas peligroso.

Este modo de entender el régimen jurídico vigente en nada se opone al artículo 241 del Código de Régimen Político y Municipal porque la adopción de inhabilidades en cuanto adicionen los requisitos o prohibiciones de la ley o de la Constitución en lugar de restringirlas, están conformes con el citado precepto. Conviene llamar la atención acerca de que la regla del artículo 241 se refiere a destinos públicos que tengan mando o jurisdicción. Estos conceptos pueden interpretarse con mayor o menor amplitud pero en sentido estricto ejercer autoridad que es tanto como tener mando supone que se es competente para dar órdenes, desde luego con subordinación al derecho, y emplear la fuerza pública para obtener su obediencia y jurisdicción la de desatar las contiendas de derecho con fuerza de verdad legal que es lo que corresponde en sentido estricto a los jueces. Los Contralores Departamentales son tan solo veedores de la buena administración de los bienes y rentas seccionales.

No hay inconveniente legal o constitucional para que las Asambleas establezcan inhabilidades inspiradas por la necesidad de proteger según la idiosincrasia particular de sus habitantes, la buena administración de sus asuntos y en especial de sus patrimonios ni contraría la conveniencia y el orden general que tales inhabilidades sean diferentes en uno y en otro departamento según las características y tradiciones de la vida de cada comunidad. Las inhabilidades adoptadas por la Asamblea de Nariño se explican ahora con mejores razones que antes de la reforma de 1968 visto el incremento de los poderes centrales que se ejercen a través de los empleados designados directa o indirectamente por el gobierno nacional. La ordenanza objetada se encamina a librar a la Asamblea de tales perniciosas influencias con el fin de escoger con mayor libertad a quienes hayan de vigilar como sus mandatarios el manejo de los fondos departamentales cuyo ordenador es agente del gobierno central.

Es bueno destacar el fin profundamente moralizador del artículo 10 de la ordenanza 55 de 1959 al establecer que son inelegibles, para el cargo de Contralor Departamental, ni ser designado como interino a la persona que dentro del año anterior a la fecha de la elección haya desempeñado los cargos de Gobernador del Departamento, Secretario del Despacho, Tesorero General o Gerente de la Industria Licorera, porque nadie puede dudar que desde tan destacadas posiciones se pueden ejercer eventualmente, por distintos medios, presión directa o indirecta sobre los electores, lo cual está vedado por elementales principios de ética administrativa. Es el mismo principio de filosofía política y administrativa que inspiró el artículo 108 de la Constitución Nacional en donde se establece también la inelegibilidad de altos funcionarios del gobierno y de la administración de justicia cuando han ejercido sus cargos en los lapsos anteriores a la elección que se señalan en la misma disposición.

En cuanto a las jurisprudencias que se citan en la sentencia que se analiza, no son de recibo en esta ocasión porque como puede observarse de su lectura, ellas se refieren a incompatibilidades y no a inhabilidades para ser elegido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en desacuerdo con su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1. Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 25 de noviembre de 1971.

2. En consecuencia, se declara nula la elección de Contralor General del Departamento de Nariño hecha en la persona del Dr. Isauro Marino Arturo, por la Asamblea de ese Departamento en la sesión verificada el 27 de noviembre de 1970.

3. Deniéganse las peticiones tercera y cuarta de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese y devuélvase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 9 de mayo de 1971.

Alfonso Castilla Sàiz – Presidente – Con Salvamento de Voto – *Alfonso Arango Henao* – Con Salvamento de Voto – *Hernando Gómez Mejía* –

Eduardo Aguilar Vélez – Con Salvamento de Voto – *Osvaldo Abello Noguera* – *Jorge Dávila Hernández* – Con Salvamento de Voto – *Nemesio Camacho Rodríguez* – *Juan Hernández Sáenz* – *Lucrecio Jaramillo Vélez* – Con Salvamento de Voto – *Miguel Lleras Pizarro* – *Humberto Mora Osejo* – Con Salvamento de Voto – *Alvaro Orejuela Gómez* – *Carlos Portocarrero Mutis* – *Gabriel Rojas Arbeláez* – *Gustavo Salazar T.* – *Rafael Tafurr Herran.*

Hernando Franco Rojas
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

Es aceptable la tesis que sostiene la sentencia del Tribunal de Nariño, según la cual el artículo 10 de la Ordenanza 55 de 1959 es contrario al artículo 62 de la Constitución Nacional y, por consiguiente, inaplicable, por vía de excepción, en virtud del artículo 215 de la Carta, pese a que la Ordenanza no estableció incompatibilidades, como lo cree el Tribunal, sino inhabilidades. La incompatibilidad supone el ejercicio simultáneo de dos o mas empleos y, desde este punto de vista, es obvio que los cargos de Secretario Departamental y Contralor del Departamento no los puede ejercer a la vez una misma persona, pero no por mandato del artículo 10 de la Ordenanza 55 de 1959 sino por otras razones. Lo que pasa es que el artículo 62 de la Constitución reservó a la ley la determinación de los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; etc. y, entonces, es claro que en cuanto a calidades y antecedentes respecto de cargos de origen constitucional no pueden las Asambleas establecer esas calidades y antecedentes.

Tiene también fundamento jurídico la tesis de que el artículo 187 de la Constitución contiene una excepción al principio consagrado en el artículo 62, pero únicamente respecto del cargo de Contralor Departamental, por cuanto dicha norma atribuye a las Asambleas la facultad de "organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años", en la cual está implícita la de fijar o determinar inhabilidades o calidades al Contralor Departamental. Y en esta norma puede encontrarse el fundamento del artículo 10 de la Ordenanza 55 de 1959 de la Asamblea de Nariño, la cual, entre otras cosas, tiene un plausible sentido moralizador. Pero lo que sí no se presta a duda alguna es que respecto del resto de funcionarios de las Contralorías Departamentales las Asambleas tienen aquella facultad.

Sin embargo, la situación ahora es diferente porque el Acto Legislativo No. 1 de 1968, artículo 59, (Art. 190 de la codificación constitucional) señaló los requisitos o calidades para el cargo de Contralor Departamental y, por consiguiente, en virtud de que la Constitución es ley derogatoria y reformatoria de la legislación preexistente, el artículo 10 de la Ordenanza 55 de 1959 quedó insubsistente desde entonces.

Sea, pues, que se acoja la tesis de la inconstitucionalidad del artículo 10 de la Ordenanza 55 de 1959 por contrario al artículo 62 de la Carta, o la de la derogatoria en virtud del Acto Legislativo No. 1 de 1968, artículo 59, las Asambleas no pueden hoy, por esta razón fijarle al Contralor calidades o inhabilidades, conceptos que ciertamente guardan bastante similitud por lo cual tanto las unas como las otras deben estar consignadas en la Constitución o, a falta de ella, en la ley, para los cargos de creación constitucional o legal pero no en Ordenanzas y Acuerdos, los que sólo los pueden establecer para cargos creados por tales normas, respectivamente. Las Asambleas carecen, por consiguiente, de facultad para establecer nuevos requisitos, calidades o inhabilidades que se contrapongan a aquellas calidades, implícita o explícitamente. Los cargos de origen constitucional no pueden estar sujetos, como en el caso presente a inhabilidades en un Departamento y en otro no, o a distintas inhabilidades en los varios Departamentos.

Lo anterior quiere decir, en síntesis, lo siguiente:

1) Las Asambleas se mueven exclusivamente en una órbita para el desempeño de funciones administrativas.
2) El derecho de ser elegido para cargos públicos forma parte de los derechos políticos y civiles que son regulados exclusivamente por la Constitución o la Ley.
3) La misma Constitución señala, en el artículo 62, el criterio en la materia y atribuye al legislador la competencia para limitar esos derechos, como lo prevee el artículo 241 del Código de Régimen Político y Municipal.

Respecto de los requisitos que fija el artículo 59 del Acto Legislativo No. 1 de 1968 (Art. 190 de la Constitución) para el cargo de Contralor Departamental, el demandante no demostró que la persona elegida carecía de tales requisitos, pues se limitó a expresar que el Dr. Marino Arturo no había acreditado "antes de la elección" que los reunía y que su elección no había sido confirmada por la Asamblea, y para comprobarlo adujo un certificado del Presidente de la Asamblea de Nariño, según el cual "ni durante el período de sesiones ordinarias, ni durante las extraordinarias para que fué convocada la Asamblea Departamental mediante Decreto 688

de 30 de noviembre de 1970, el Dr. Isauro Marino Arturo O., elegido Contralor del Departamento, presentó documento alguno para demostrar las calidades exigidas para ser elegido contralor por el artículo 190 de la Constitución Nacional". Agrega el mismo certificado que la Asamblea no ha efectuado confirmación alguna. Cabe observar que el certificado tiene fecha 5 de diciembre de 1970 y la elección fué hecha el 27 de noviembre anterior. Ciertamente este certificado demuestra que el Dr. Marino Arturo no presentó ante la Asamblea ningún documento para acreditar los requisitos constitucionales, pero en manera alguna con él se demuestra que carezca de ellos. Esa prueba ha debido darla el actor en el presente juicio tal como lo dijo el Consejo de Estado en sentencia del 16 de noviembre de 1970, expediente No. 1533, actor Francisco Ferrer Cassiani, en la que se lee lo siguiente: "Sin embargo, resulta que en los juicios electorales no hay demandado, ni tampoco contraparte. Entonces, no es posible que un extraño al litigio, un tercero, que inclusive puede ignorar la existencia del juicio de nulidad de su credencial, se presente a dar determinada prueba si, por lo demás, a esa persona ni se le notifica, ni se le cita, ni su presencia en la controversia es necesaria para nada."

Estas son las razones para separarnos, muy respetuosamente, de la decisión de la mayoría.

Bogotá, Mayo 25 de 1972

Alfonso Castilla Sáiz – Lucrecio Jaramillo Vélez – Eduardo Aguilar Vélez – Alfonso Arango Henao.

Expediente No. 16

SALVAMENTO DE VOTO

Con todo respeto por la decisión mayoritaria, discrepamos de la sentencia, tanto de la parte resolutiva como de la motiva, por los siguientes motivos:

La sentencia revoca la del Tribunal y accede a declarar la nulidad de la elección de Contralor por considerar, en el fondo, que la Asamblea del Departamento de Nariño, según el Ord. 8o. del Art. 187 de la Constitución, tenía facultad para dictar la Ordenanza No. 55 de 1959, cuyo Art. 10o. inhabilita para ser elegido Contralor a quienes hayan desempeñado en el año inmediatamente anterior cualquiera de los cargos que menciona.

1) **La Constitución y el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades para desempeñar cargos públicos.** Es evidente la diferencia entre inhabilidades e incompatibilidades para desempeñar cargos públicos; mientras aquéllas son *prohibiciones para que alguien sea elegido o nombrado* en determinado cargo, por motivos de interés público, éstas *impiden ejercerlo* concurrentemente con otro u otros. Pero, en uno y otro casos, su régimen constitucional se determina genéricamente por los Arts. 76, Ord. 10o., y 62 de la Constitución, que prescriben, en su orden, que corresponde al Congreso, entre otras atribuciones, "regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62, 132 y demás preceptos constitucionales" y que "la ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; *las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos en los casos no previstos en la Constitución* . . ." (subrayamos). Por tanto, por una parte no es fundado el aserto de la sentencia en el sentido de que el Art. 62 de la Constitución sólo atañe a incompatibilidades; por el contrario, comprende, como corresponde a su índole constitucional, los aspectos esenciales de la función pública, cuya regulación atribuye al legislador, excepto los casos que, como los relativos a los requisitos para ser elegidos Contralor General de la República o Contralor Departamental (Arts. 59. Inc. 4o. y 180, Inc. 3o.), están previstos por la Constitución. Además, según lo expuesto, no es posible esperar el régimen de las incompatibilidades y el de las inhabilidades, para afirmar como lo hace la sentencia, que mientras aquél corresponda al legislador éste, respecto de la administración departamental, a las Asambleas: se trata de materias similares, reguladas igualmente por la Constitución, *como un principio político de la organización fundamental del País.* "Sólo la ley puede, pues, —sostiene el doctor Tascón— ocuparse en las materias a que se refiere esta disposición que, por otra parte, figura entre las atribuciones del Congreso . . . El Consejo de Estado ha anulado las ordenanzas y acuerdos por medio de los cuales las asambleas y concejos han señalado calidades para el desempeño de empleos que son de libre nombramiento y remoción de los Gobernadores o de los Alcaldes. Por iguales razones serían nulos los actos de aquellas corporaciones que determinaran casos de incompatibilidades y responsabilidades . . ." (Derecho Constitucional Colombiano, 1944, Editorial "La Gran Colombia", Pág.143).

2o. **El régimen de las inhabilidades para ser Contralor Departamental y las facultades de las Asambleas.** Aunque lo expuesto es suficiente para concluir que el régimen de las inhabilidades para desempeñar cargos públicos, "en los casos no previstos por la Constitución", corresponde al legislador, tal atribución no puede deducirse del Ord. 8o. del Art. 187 de la Constitución, a saber:

1) El Ord. 8o. del Art. 187 de la Constitución atribuye a las Asambleas, entre otras, la facultad de "organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años", quien debe reunir los requisitos prescritos por el Art. 190. Inc. 3o. ibídem. Por tanto, una es la atribución de organizar la Contraloría Departamental, mediante la determinación de su estructura, cargos y funciones de los mismos, y otra muy diferente, nítidamente señalada por la Constitución, que en cuanto a regla de competencia es de restrictiva interpretación, de elegir Contralor de conformidad con los requisitos constitucionales para serlo.

2) Atribuir a las Asambleas la facultad de establecer inhabilidades para ser Contralor Departamental significa, por una parte, asignarles una competencia que no tienen, no obstante que el Art. 63 de la Constitución prescribe que "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento", y, por otra, permitirles reglamentar por sí mismas, con violación de la disposición transcrita, su propia competencia de elegir Contralor Departamental de conformidad con lo prescrito por el Art. 150, Inc. 3o., de la Constitución.

3) Que las Asambleas no tengan la atribución de establecer inhabilidades para ser Contralor Departamental se explica, además de lo expuesto, por los siguientes principios constitucionales:

a) El cargo de Contralor Departamental, previsto en la Constitución, tiene un sentido *unívoco*, con requisitos de elegibilidad iguales para todos los departamentos, *como parte de la organización fundamental del País* con la finalidad de "elevar la categoría del cargo", de lograr "una mayor competencia de su desempeño" (J. Vidal Perdomo, Historia de la Reforma Constitucional de 1968 y sus Alcances Jurídicos, Pág. 282) y de "no dejar a la ley este asunto para evitar problema en su expedición" (J. Pérez Escobar, Constitución Política de Colombia, Pág. 146). Por tanto, mal podría consagrarse en la Constitución y dejarse al arbitrio de las Asambleas el señalamiento de inhabilidades, en forma de que hasta podría haber, jurídicamente, veintidós distintos reglamentos del cargo de Contralor, que derogarían *el carácter unitario* que le dió la Constitución. En otros términos, previsto por la Constitución como un cargo uniforme para todos los departamentos, el de Contralor no puede reglamentarse por las Asambleas, mediante la determinación de inhabilidades, sino con violación del Ord. 8o. del Art. 187 de la carta, que no las autoriza para hacerlo, el mismo en el cual la sentencia de sus discrepancias pretenda fundar la supuesta atribución.

b) El derecho a elegir y ser elegido, reconocido por la Constitución

como una libertad pública (Arts. 15 y 171 y 1o. de la Reforma Plebiscitaria de 1957), sólo puede limitarlo aquélla, como en los casos de los Arts. 107, 108, 109 y 190, Inc. 3o., o en su defecto la ley, de conformidad con el Art. 62 *ibídem*. En consecuencia, una Asamblea, definida constitucionalmente como "una corporación administrativa de elección popular" (Art. 105), no puede establecer inhabilidades, limitativas ni una libertad pública, para ser elegido Contralor Departamental; de lo contrario, se consagraría también la posibilidad jurídica de que las ordenanzas que las establecen regulan en veintidós diversas formas el derecho a ser elegido Contralor, a pesar de que la Constitución lo garantiza, como a los demás de su índole, con las solas limitaciones de la misma Constitución y de la Ley.

c) El régimen constitucional colombiano, de centralismo político y descentralización administrativa, no podría componerse con la existencia de un cargo, el de Contralor Departamental, creado por la Constitución, que debe desempeñarse por persona que reúna los requisitos prescritos por el Art. 190, Inc. 3o., *ibídem*, con facultad de las veintidós Asambleas existentes en el País de señalarle *ad libitum* inhabilidades, como si se tratara de un régimen federal, no obstante que el Art. 187, Ord. 1o., de la Carta Constitucional se le atribuye a las Asambleas, a este respecto, la de "reglamentar *de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales*, la prestación de los servicios a cargo del Departamento" (subrayamos).

d) Si la Constitución señala los requisitos e inhabilidades para ser diputado y deja a la ley determinar las incompatibilidades, como también los requisitos e inhabilidades para ser concejal (Arts. 185, Inc. 3o., y 198, Inc. 2o.), mal pudo atribuir a las Asambleas la facultad unímoda de establecer inhabilidades para ser Contralor Departamental; por el contrario, ello demuestra, también por este aspecto, que se trata de materia propia de la Constitución y en su defecto de la ley.

e) El Congreso, en ejercicio de la atribución del Ord. 10o. del Art. 76, en armonía con el Art. 62 de la Constitución, podría establecer, como inhabilidad para ser Contralor Departamental, la prescrita por el Art. 10o. de la Ordenanza No. 55 de 1959 de la Asamblea de Nariño, sin que pueda afirmarse, como se colige de la sentencia de que disentimos, que sería inconstitucional por violación del Ord. 8o. del Art. 187 de la Constitución, por haberse arrogado una facultad de las Asambleas. Por el contrario, según las normas indicadas, éstos no tienen tal atribución porque la Constitución la adscribió expresa, específica y reiteradamente al Congreso Nacional.

3). El Art. 241 del C. de R.P.M. y el caso *sub judice*. La Sentencia sostiene que el Art. 241 del C. de R.P.M., que dispone que "pueden ser nombrados

para los destinos públicos, de mando a jurisdicción, todos los ciudadanos en actual ejercicio, menos cuando la Constitución o la ley exijen determinados requisitos y cualidades o establezcan prohibiciones determinadas", no es aplicable a los Contralores Departamentales, porque no tienen mando o jurisdicción en cuanto "son tan solo *veedores* de la buena administración de los bienes y rentas nacionales". *Discrepamos* también de esta aserción de la sentencia, por las siguientes consideraciones:

1) El aserto de la sentencia lleva a concluír que, puesto que el empleo de Contralor Departamental no es "de mando o jurisdicción", las Asambleas pueden establecer inhabilidades para desempeñarlo. Pero, según el Inc. 2o. del Art. 241 del C. de R.P.M., "para los demás empleos no se necesita otro requisito que el nombramiento por quien corresponda". De manera que, aunque fuere fundada esta motivación de la sentencia, *la conclusión debió ser, no que las Asambleas puedan prescribir inhabilidades para ser Contralor Departamental, sino que, puesto que no es empleo "de mando o jurisdicción", que no requiere sino de la elección, no pueden hacerla.* Además según el criterio que sustenta la sentencia, aunque no es su conclusión el Art. 241 del C. de R.P.M. habría sido subrogado, en cuanto a los Contralores Departamentales, por el Art. 83 del Acto Legislativo No. 1o. de 1945 que prescribió que corresponde a las Asambleas "organizar a la Contraloría Departamental y elegir al Contralor para un período de dos años", disposición de la cual deduce la facultad de las Asambleas de señalar inhabilidades para ser Contralor, no obstante que sólo reitera, con modificación de la denominación y del cargo, la que les diera el Art. 97, numeral 17, del C. de R.P.M., de "organizar las Contadurías o Tribunales de Cuentas de los Departamentos, y nombrar los Contadores o Magistrados correspondientes", a los cuales obviamente les era aplicable el Art. 241 *ibídem*.

2) Pero, aunque el tema, según lo expuesto, no incide en el caso *sub judice*, en cuanto de todos modos, son o no el cargo de Contralor Departamental "de mando o jurisdicción", las Asambleas no tienen facultad de prescribirle inhabilidades, estimamos, como cuestión o aspecto de principio, que conlleva "anexa autoridad" y que, como tal, de conformidad con el Art. 241 del C. de R.P.M., que reitera y desarrolla los artículos 15 y 62 de la Constitución, sólo es susceptible de reglamentar por la Constitución y en su defecto por la ley, a saber:

a) Según el Art. 15 de la Constitución, "la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa indispensable para elegir y ser elegido y para desempeñar empleos públicos que conlleven anexa autoridad o jurisdicción" y la tienen, según el Art. 14 *ibídem*, "los colombianos mayores de 21 años" cuyo derecho no esté suspendido ni suprimido por

sentencia judicial o que hayan logrado rehabilitación. La misma Constitución reputa el cargo de Contralor Departamental, como el de Contralor General de la República, como uno de los que conlleva "autoridad o jurisdicción", en cuanto requiere, para desempeñarlo, "ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de ciudadanía" (Arts. 59, Inc. 3o., y 150, Inc. 3o.): en otros términos, la Constitución realza y define implícitamente estos cargos, hasta el punto de que ni siquiera permite elegir Contralor General de la República o departamental al colombiano por adopción, aunque reúna los demás requisitos, entre ellos el de ser ciudadano en ejercicio, calidad que lo habilita para desempeñar otros "empleos públicos que llevan anexa autoridad o jurisdicción" y, que no requieren, como los de Contralor, ser también colombiano de nacimiento.

b) Pero en el supuesto de que de la Constitución no se dedujera que el empleo de Contralor Departamental es de los que conllevan "autoridad o jurisdicción", términos con los cuales el Art. 15 de la Constitución denota, para todos los servicios del Estado, facultad de tomar decisiones obligatorias, como sostuvo el Consejo, según las funciones de cada cargo (Sentencia del 28 de noviembre de 1944, Anales Tomo LIII, Pág. 332), y que los Arts. 5o., Ord. 1o., y 241 del C. de R.P.M. aplican a la Administración con las expresiones "jurisdicción o autoridad" y "mando o jurisdicción", respectivamente, ello también se deduce de los siguientes textos y principios:

1) Según la Constitución, "la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración" nacional, departamental y municipal corresponde a los Contralores (Arts. 59 y 100). El Contralor General de la República la ejerce mediante la determinación de "los métodos de contabilidad" y de rendición de cuentas, la exigencia "de informes a los empleados públicos nacionales, departamentales y municipales sobre su gestión fiscal", la revisión y financiamiento de "las cuentas de los responsables del Erario" y la provisión de "los empleos qúe haya creado la ley" (Art. 60 *ibídem*); y los Departamentales, conforme al supuesto principio constitucional, en forma similar, según la ley y las ordenanzas, como sucede con la facultad de revisar y fenecer las cuentas de los empleados de manejo mediante los llamados "juicios fiscales de cuentas de carácter departamental o municipal" (Art. 28 de la Ley 16 de 1968), que actualmente deciden autónomamente, sin el recurso de apelación que, consagrado en el Capítulo XIX del Código Contencioso Administrativo, relativo a los juicios de cuentas (Arts. 169 y 188), conocía en lo nacional, hasta la vigencia de la Ley 58 de 1946, el Consejo (Arts. 4o., 5o., y 11), y en lo local, hasta que entró en vigencia el Art. 28 de la Ley 16 de 1968, al correspondiente Tribunal. Por consiguiente, es apenas obvio que los Contralores Departamentales tienen "autoridad" "mando", en el sentido expuesto en

los asuntos de su competencia, referentes, esencialmente, como ha sostenido el Consejo, el control numérico-legal (Sentencia del 17 de mayo de 1951, Anales Tomo LVIII, Pág. 332).

2) Lo expuesto se corrobora por la doctrina, que hasta considera al Ministerio Público y a las Contralorías como una función especial del Estado, encargada, respectivamente, de "la vigilancia general de la gestión oficial de todos los empleados públicos" y "de la gestión fiscal del ejecutivo" (A. Copete Lizarralde, Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano, Pág. 374; L. C. Sáchica, Constitucionalismo Colombiano, Págs. 482 y 484).

4). *La jurisdicción del Consejo y el caso sub judice.* En las sentencias del Consejo de fechas 17 de julio de 1934 (Anales Tomo XXVII, Págs. 218-318) y 24 de abril de 1964, citadas por el Tribunal, se sostuvo, en su orden, que sólo el legislador puede prescribir incompatibilidades para desempeñar el cargo de Rector de la Universidad de Antioquia, de conformidad con el Art. 62 de la Constitución y que los Concejos Municipales no pueden disponer que para ser personero Municipal se requiere ser abogado titulado, en consideración a que "en ninguna de las reglas constitucionales y legales invocadas en la demanda se establece que los Personeros Municipales tengan que ser abogados titulados". Por tanto, contra el acervo de la sentencia, aunque la primera de las sentencias invocadas por el Tribunal atañe a un caso de incompatibilidad de funciones, no de inhabilidades, ello no obsta para que tengan relación en el caso *sub judice*, en cuanto en ellas se reitera la jurisprudencia del Consejo en el sentido de que las incompatibilidades, como las inhabilidades, en los casos a que se refieren, sólo pueden ser prescritas por la Constitución y en su defecto por la ley.

5)*Los motivos de conveniencia.* La sentencia afirma que es conveniente que las Asambleas tengan la facultad de establecer inhabilidades para ser Contralor. Pero, por una parte, los argumentos de conveniencia, aptos para el constituyente o el legislador, no pueden servir para fundar las decisiones jurisdiccionales, que deben pronunciarse en derecho; además, según se expuso, el constituyente sustrajo de la competencia de las Asambleas el señalar requisitos de elegibilidad y dejó a la ley competente las incompatibilidades e inhabilidades, en cuanto no contraríen la Constitución, con la clara finalidad de darle un sentido unívoco, igual en todos los Departamentos, sin ingerencia de los particularismos locales que, en la universidad, frustrarían su sentido.

6) *La Conclusión.* En conclusión de todo lo expuesto, como el Art. 10o. de la Ordenanza No. 55 de 1959 de la Asamblea del Departamento

de Nariño prescribe inhabilidades para ser Contralor Departamental, con violación del Art. 62 de la Constitución, es acertado el criterio con sentencia del Tribunal de no darle aplicación por excepción de inconstitucionalidad. En consecuencia, puesto que los demás cargos de la demanda tampoco pueden prosperar, debió confirmarse la sentencia objeto del recurso de apelación.

Fecha ut supra.

Jorge Dávila Hernández -- Humberto Mora Osejo.

TITULO VI

Juicios de Revisión de Impuestos

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTOS NACIONALES

DEMANDA. Debe acompañarse a ésta copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos, so pena de no ser admitida y no interrumpir con su presentación los términos señalados para la caducidad de la acción.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Bogotá, D.E., Sección Cuarta – Mayo veinticinco de mil novecientos setenta y dos

Consejero Ponente: Doctor Gustavo Salazar T.

Ref.: Expediente número 1992
Actor: Larsen Gavassa y Cía. Ltda.

Por auto de 16 de junio de 1971 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió no admitir la demanda de revisión de impuestos sobre la renta y complementarios correspondientes al año fiscal de 1963 presentada por la sociedad comercial Larsen Vargas y Compañía Limitada, antes Larsen Gavassa y Compañía Limitada, con domicilio en Bogotá.

La razón de la inadmisión fue la de que no se acompañó a la demanda copia de las resoluciones acusadas.

Contra tal determinación interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación el apoderado de la sociedad demandante, admitiendo que no presentó las copias de los actos acusados echados de menos por el Tribunal por involuntario olvido y que para subsanar la omisión los acompañaba a su nueva petición.

No accedió el Tribunal a reponer el auto, en atención al mandato contenido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, pero concedió la apelación.

Para resolver el recurso, la Sala considera:

Disponen los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo que el actor debe acompañar a la demanda copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos. Y que cuando se presente inobservancia de este requisito el juez no dará curso a la demanda, con la advertencia de que la presentación de la

demanda inadmitida por tal razón no interrumpe los términos señalados para la caducidad de la acción.

Frente a normas de tal claridad no le es permitido a quienes quieran ejercitar las acciones autorizadas por las leyes dejar de cumplir las exigencias dichas, ni al juez obrar en forma diferente de lo que en ellas se le ordene. Se trata de disposiciones de imperioso cumplimiento, pues como es bien sabido una de las bases de nuestra organización judicial reside en la insustituíble observancia de las formas procesales.

> "El funcionario judicial no puede obrar sino con arreglo a las normas legalmente predeterminadas para su propia conducta, ni oir a las partes sino de acuerdo con las reglas a que éstas deben sujetar sus gestiones; los litigantes no pueden alterar expresa o tácitamente los ordenamientos reguladores de las formas procesales porque ellas no están erigidas en el interés individual, sino en el público y general representado en la garantía que para el ambiente jurídico importa que todos los asociados tengan a su alcance. El derecho procesal es un derecho medio, de naturaleza instrumental, enclavado dentro del derecho público y desenvuelto en estatutos de rigurosa observancia porque son de orden público, por virtud de su origen, de su materia y de sus efectos" (Gaceta Judicial, tomo LXIII, página 95).

Por lo demás, la exigencia del legislador de que el actor acompañe una copia del acto acusado con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos, no es caprichosa sino que tiene importancia sustancial desde diferentes puntos de vista dada la naturaleza y la índole de la acción contencioso administrativa. Entre otros para precisar desde el primer momento si el actor se encuentra dentro del plazo fijado para instaurarla, pues si no fuese así estaría caducada y resultaría ocioso adelantar un proceso que desde su iniciación aparece manifiestamente llamado al fracaso.

En el caso de autos el demandante al interponer los recursos de reposición y apelación acompañó copias autorizadas de los actos acusados, pero en tal momento ya la acción de revisión de impuestos estaba caducada, pues habían transcurrido más de tres meses desde la fecha de ejecutoria del último acto que puso fin a la actuación administrativa. Ya se recordó que el legislador tiene prescrito que la demanda inadmitida por falta de alguno de los requisitos indicados en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo no interrumpe los términos señalados para la caducidad.

De allí la importancia que tiene la prontitud con que el sustanciador resuelva acerca de la admisión o inadmisión de la demanda, ya que si

ocurre lo segundo el actor puede tener tiempo para subsanarlo. Pero si la providencia se demora cuando es devuelta al interesado puede haber transcurrido un lapso suficiente para que se haya operado el fenómeno de la caducidad.

En consecuencia, la Sala confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del día veinte de enero de mil novecientos setenta y dos.

Con Salvamento de Voto – Miguel Lleras Pizarro – Hernando Gómez Mejía – Juan Hernández Sáenz – Gustavo Salazar T.

Hernando Franco Rojas
Secretario

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta –

Ref.: Radicación 1.992. Apelación del auto del Tribunal de Cundinamarca por el que se rechazó la demanda sobre revisión de impuestos. Demandante: Larsen Gavassa & Cía. Ltda.

Salvamento de voto de Miguel Lleras Pizarro.

La doctrina en que se inspira este salvamento ha sido expuesta parcial o fragmentariamente en algunos documentos análogos y en parte también acogida en otros fallos de esta misma sección cuarta. Las dificultades para que el Consejo la patrocine plenamente son explicables si se tiene en cuenta que el derecho es la ciencia que más invita a la contradicción y al debate. Que hasta ahora no haya alcanzado pleno socorro del Consejo induce a pensar que su explicación no ha sido lúcida y que, posiblemente, la razón no esté de mi parte. Sin embargo, me atrevo a insistir recordando el conocido veredicto de Defoe: "El que opone su propio juicio contra la corriente de los tiempos deberá ser arrumbado con incontestable verdad y el que tiene a la verdad de su parte es un necio y un cobarde si siente miedo a confesarla a causa de la multitud de opiniones de los demás hombres. Duro es para un hombre decir que todo el mundo está equivocado menos él. Pero si ello es así, quién puede evitarlo? "

Históricamente, las reglas de los procedimientos especializados han tenido su origen y se han derivado de las propias del proceso civil y aún no han alcanzado su completa autonomía hasta el punto de que los otros códigos procesales se remiten siempre al del civil para llenar sus vacíos o facilitar su interpretación. Es la suerte de los de procedimiento penal, de policía y del nuestro, de lo contencioso administrativo, que contiene pocas normas atinentes a esta materia. Así lo prescribe su artículo 282: "Los vacíos en el procedimiento establecido en esta ley se llenarán por las disposiciones del código de procedimiento civil y de las leyes que lo adicionan o reforman, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo". (Ver el artículo 5o. del código vigente). Aunque son muchos los vacíos del procedimiento administrativo porque el derecho público, al menos entre nosotros, no ha alcanzado su completa independencia del derecho privado, es frecuente que la interpretación de nuestra propia ley se inspire en la del procedimiento civil pero, curiosamente, también es frecuente la resistencia a aplicar normas de éste último aún en los casos en que se presentan obviamente compatibles *con la naturaleza* de la contención administrativa.

Las pautas del procedimiento civil se han concebido teniendo en cuenta que ante el estado, representado por el juez, se debate el alcance del derecho que aducen sujetos con poderes equivalentes y que, en consecuencia, debe asegurarse en todo tiempo la igualdad entre las partes en cuanto hace al uso de los instrumentos procesales y, por tanto, evitar e impedir la deslealtad. La relación procesal se establece entre el estado, o sea el poder público personificado en el juez, y las partes o sujetos del derecho que aspiran a que mediante sentencia se desate la pretensión de cada una, en un sentido o en otro.

Este concepto de igualdad de partes no es posible identificarlo en el proceso administrativo porque en éste lo que se debate es la validez jurídica de los actos o de los hechos del estado. La noción de igualdad de las partes y de la consecuente lealtad que se deben entre sí, que el juez debe vigilar con prudencia, no puede existir como en el proceso civil. Sin que sea necesario debatir sobre si hay una o varias partes en el proceso administrativo, lo cierto es que, aún en la hipótesis de que haya dos, el estado no es una de ellas y en el caso de que, como autor que se discute, quisiera reconocérsele la calidad de parte (doctrina que en ningún caso he podido comprender ni aceptar) no podría afirmarse que participa en el proceso en el mismo nivel que el gobernado. No se trata de sujetos de derecho con poderes equivalentes que acuden ante el estado para que desate la contienda, sino del gobernado, débil de por sí, que apela ante *un agente del estado* para que examine un acto proferido *por otro agente del estado*. Es el enfrentamiento del estado con todos sus poderes que, en los tiempos modernos, aumentan cada día en cantidad y en intensidad, con el gobernado, débil e inferior, porque las crecientes potestades del primero disminuyen la libertad o el ámbito en que el individuo puede ejercerla. Estas consideraciones llevan a muchos tratadistas a desconocer a la administrativa la calidad propia de jurisdicción, tomada en el mismo sentido que tiene en el proceso civil y a otros a afirmar que es una "jurisdicción autárquica" es decir que se basta a sí misma, concepto que confirma *la ausencia de igualdad interpartes* que caracteriza la relación procesal civil.

Si las reflexiones anteriores son válidas su primera consecuencia es la de que, en general, las reglas encaminadas a asegurar la igualdad de las partes no tienen aplicación en el proceso administrativo, pero también induce a aceptar que las reglas de tolerancia en la conducta de los que intervienen en el proceso civil, ya provengan de la ley o de la jurisprudencia, son mayormente admisibles en el proceso administrativo. Esta doctrina ya fue acogida por la sala en sentencia de 19 de Septiembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968) en la que entre otras consideraciones puede leerse la siguiente:

"Las instituciones del derecho procesal civil no pueden trasladarse al proceso administrativo sino con mucha cautela por cuanto ellas han sido inspiradas por *necesidad de asegurar la lealtad entre las partes o,* como dicen los procesalistas, los sujetos activo y pasivo del derecho autónomo de acción. En el proceso administrativo en general no hay sino una parte y los sujetos de la relación jurídico procesal no son tres, como en lo civil, sino dos: el estado y el demandante".

Nuestro código de lo contencioso administrativo fue adoptado en el año de mil novecientos cuarenta y uno (1941) cuando todavía no se había conseguido la desintegración del átomo. De esa época a hoy los avances de la ciencia y de la técnica pueden calificarse de desconcertantes por su cantidad y calidad, obtenidos en término minúsculo, comparado con el período histórico anterior conocido. Consecuencia de tan deslumbradores progresos, los hechos de la vida social y por tanto la conducta de los hombres y los poderes a su alcance, se han transformado y avanzado, para bien o para mal, de modo igualmente inusitado, a tiempo que la ley ha permanecido estática en su texto, inmovilidad que no puede ser obstáculo para los progresos de la ciencia jurídica si el intérprete, especialmente el juez, utilizando las viejas y las nuevas técnicas del derecho, conviene en acomodarlo a la mutación contemporánea. Si los poderes del estado menguan los derechos del individuo, la jurisprudencia está obligada a compensar el desequilibrio so pena, de no hacerlo, de convertirse en cómplice y coadyuvante del estrechamiento del espacio, donde el hombre puede ejercer su empobrecida libertad.

Antes de explorar los alcances y significados de la ley cuya aplicación ha fundamentado el fallo de que disiento, conviene recordar algunas de las recomendaciones, no todas nuevas, sobre lo que podríamos llamar criterio modernizador de interpretación. Se afirma y la misma ley lo preceptúa, que al intérprete no le es permitido desconocer el tenor literal de la ley con el pretexto de consultar su espíritu. A primera vista esto es fácil incluso si nos atenemos a las acepciones que de las palabras dá el diccionario de la Real Academia Española. Sin embargo, por claras que sean las que emplea la ley, no siempre son tan obvias cuando ha de entendérselas y aplicárselas a una o a otra controversia. La dificultad la examinan los modernos rastreadores sobre los medios de comunicación social. En su tratado del mismo nombre, los señores Charles Steimberg y William Bluem reproducen el estudio Palabras y no Palabras, de Wendell Johnson en donde se lee: "Uno puede preguntarse cómo llegaron, en primer lugar, a existir las palabras y cómo fue que 'adquirieron su significado'. Se puede especular como lo hacen Ogden y Richards a través de un libro de considerable tamaño, sobre 'el significado del significado'. Y podemos estar seguros de descubrir, tarde o temprano, que una palabra

'significa' algo más que otras palabras. Las personas que están acostumbradas, por ejemplo, a consultar un diccionario para investigar los significados de las palabras, actúan bajo una falsa ilusión si suponen que lo que encuentran en un diccionario es el *significado completo* de una palabra. Lo que encuentran es que la definición que el diccionario dá de una palabra consiste en otras palabras.Más aún, un diccionario es un sistema cerrado. En él no sólo se define una palabra con otras palabras, sino que éstas, a su vez, también están definidas usando otras palabras; y si usted sigue muy lejos este sendero de definiciones de palabras, descubre que es realmente un gran círculo, de tal manera que finalmente hace el revelador descubrimiento de que las palabras son definidas unas por otras. El *espacio* es definido como largo y largo es definido como espacio; la belleza es definida como bondad y la bondad como belleza, etc. Cuando ha explorado un diccionario intensamente, lo que ha aprendido son palabras y lo que usted sabe sobre ellas son palabras también, y si todo lo que sabe son palabras, se queda en la pregunta con la cual empezó: la pregunta sobre *qué es lo que significan las palabras . . . además de otras palabras".* Adelante añade: "Nos preocupan fundamentalmente tres aspectos del significado: los *hechos* no verbales que las palabras representan; las *valoraciones* que expresan; y los *efectos* que tienen sobre quienes las leen o las escuchan, incluyendo sus efectos sobre las personas que las hablan y las escriben". Después de meditar acerca del problema sobre las dificultades para conocer los hechos y luego designarle con expresiones o palabras apropiadas el mismo autor comenta: "todas nuestras palabras son, en cierta medida, "abstractas" o generalizadas. En parte, como hemos visto, esto se debe a que hay en un momento dado *más hechos que palabras con las cuales referirse a ellos . . .* Sin embargo, la calidad abstracta de nuestras palabras se debe a otra razón. Esta es la diferencia entre lenguaje y realidad con respecto *a la variabilidad de estructura o grado de cambio.* La realidad es una especie de proceso; el lenguaje, por comparación, es estático. *El mundo en que vivimos y los que vivimos en él, cambiamos más rápidamente que el lenguaje que usamos para hablar de nuestro mundo y de nosotros mismos.* Así es como las palabras se generalizan porque la banda sin fin del tiempo pone bajo su encantamiento un inventario cambiante de "significados". Muy apropiadamente, para destacar cómo el lenguaje, aun el de la ley, no siempre se ajusta a la realidad del tiempo contemporáneo razona así: "El desajuste, para el individuo o para la sociedad, estriba en confundir el registro verbal del pasado con la descripción del presente. Debido a que las palabras que decimos ahora son prácticamente las mismas que decíamos ayer, *tendemos a crear la ilusión de que aquello de lo que hablamos es también casi lo mismo.* (Subrayas mías) Y esto puede ser bastante grave cuando el cambio nos toma por sorpresa; lo que es más grave aún es que el cambio se realice sin que nosotros nos demos cuenta alguna de lo que

está sucediendo, que nos pase totalmente inadvertido. . . . ,Ese lenguaje que seguimos usando como estructura básica aún nos infesta. Y se refleja en nuestras instituciones, nuestras costumbres, nuestras formas comunes de conducta y valoración: nos preparamos mejor para una historia que podría repetirse, que para valerosos nuevos días" (Mass media and comunication Hasting House, Publishers inc.) 1966.

Lo copiado, que es de modernísimos autores (la primera edición tiene tan solo cinco años de publicada) contiene conceptos que, sin embargo, son antiquísimos. Para demostrarlo transcribiré algunas opiniones de nuestro don Miguel Antonio Caro consignadas en informe que como Consejero de Estado suscribió en el mes de mayo de mil ochocientos ochenta y nueve (1889). Allí se lee: "La ley humana es imperfecta por su naturaleza. *Todo cuerpo de derecho contiene discordancias.* Esta es consecuencia inevitable de la sucesiva diversidad de los que hacen las leyes en un mismo país, de la variedad de criterios y de circunstancias, del cúmulo enorme y creciente de materias legislables, de la oscuridad de muchas cuestiones, de la imprevisión de la mente o de errores de métodos, agravados por el tumultuario parlamentarismo, de la imposibilidad de reducir a fórmulas precisas los actos de la libertad humana, y esta inevitable incongruencia de las leyes, como los demás defectos del derecho escrito, no se corrige repudiando todo lo preexistente al último código. Este mal necesario se remedia hasta donde es posible por la experimentada y prudente jurisprudencia que, inspirándose en fuentes superiores, *compara y concilia o elige".* Luego: "parcos han sido los legisladores modernos en incorporar en el derecho positivo la lógica judicial. Se ha comprendido que la ley que intenta abrazarlo todo haciéndose doctrinal, por este exceso de imperio pierde la fuerza preceptiva, como sucedió en las Partidas. *Además las reglas de hermenéutica como las mismas leyes positivas* suelen parecer contrarias y requieren en casos difíciles nueva y más alta interpretación. El hombre no es creador; el legislador que sueña con la omnipotencia verá siempre burlado su orgullo; la ley requiere siempre el auxilio de la razón moral y en esta combinación se cifra el imperio de la justicia. El modo indirecto de establecer la jurisprudencia como una institución legal es exigir que los jueces sean hombres buenos y letrados". (Obras completas Tomo VII página 195 y 197).

El auto de que estoy disintiendo se funda en el tenor literal del artículo 87 del código administrativo que dice: "No se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las anteriores formalidades, y su presentación no interrumpe los términos señalados para la caducidad de la acción.

"En el auto en que se niega la admisión de la demanda *deberán expresarse los defectos que tenga y ordenarse su devolución al interesado para que los corrija".*

En salvamento que suscribí el 20 de Octubre de mil novecientos setenta (1970) intente mostrar que cualquiera que sea la acepción que se dé a la palabra "formalidades" me parece distinguir que unas se refieren a la esencia misma del derecho de acción y otras que podrían llamarse accidentales no son aptas para inhibir el ejercicio de tal derecho y siempre son remediables. Las primeras, esenciales o sustanciales, se refieren principalmente a la competencia del juez o a la indebida acumulación de acciones que es indebida porque no pueden tramitarse dentro de un mismo proceso aunque para conocer de ellas el juez a quien se dirijan sea competente en todas. Las formalidades accidentales pueden ser muchas, como la falta de claridad de lo que se pide o la insuficiente mención de las normas que se reputan violadas o la oscuridad en el concepto de la violación o también la ausencia de algunos documentos como el recibo de pago o el comprobante de depósito o la copia del acto acusado. Afirmo que estos anexos son parte accidental de la demanda porque la existencia de los hechos que han de probarse con tales documentos es indispensable para que el proceso se adelante y culmine en la sentencia, pero es posible probar tal existencia *después de presentada la demanda,* durante el período probatorio o cuando se dicta auto para mejor proveer. Para que pueda ejercerse el derecho de acción ante los tribunales administrativos es indispensable que el acto acusado exista, se haya expedido en forma regular y se haya publicado o notificado o ejecutado. Su preexistencia no depende de la prueba; el acto existirá por sí mismo y su sola realidad genera el derecho de acción. Es cierto que no puede acudirse al juez administrativo sino después de agotada la vía gubernativa y que por tanto cuando se presenta la demanda debe probarse esta circunstancia y aunque bien podría adelantarse el proceso y probarse dentro de él, la ley ha decidido que es requisito, al menos accidental, la prueba simultánea con la demanda. Pero como la ausencia del documento no afecta el derecho de acción ni por sí sola "demuestra" la inexistencia del acto, es por lo que la doctrina, antes de adoptarse el nuevo código de procedimiento civil, *y ahora la ley,* han permitido *distinguir entre el aplazamiento de la admisión de la demanda y el rechazo de la misma.* A pesar del principio ya comentado según el cual en el proceso civil las partes tienen poderes iguales y el juez debe vigilar esta igualdad, y en presencia de textos no menos claros que el artículo 87 del código administrativo, como son los artículos 205 y 737 del subrogado código judicial, la Corte construyó jurisprudencialmente la doctrina, precisamente para evitar la injusticia que se deriva de la caducidad de la acción por defectos simplemente accidentales: "Considerando la relación existente entre las anteriores disposiciones, se observa que en ellas se preveen ciertos motivos o presupuestos de suspensión de la admisibilidad de la demanda, omisión de las designaciones indicadas en los artículos 205 y 737 y obscuridad (que es mera falta de diafanidad o transparencia) en lo que se pide, cuya

existencia en el libelo autoriza la abstención de darle curso hasta tanto no se satisfagan los requisitos omitidos o se aclare el petitum; de modo que si el defecto que impide tramitarla no es su obscuridad o la omisión de una de las formalidades aludidas, sino que se refiere a los elementos mismos de la acción, entonces ese defecto no constituiría solamente un presupuesto de suspensión y admisibilidad, sino de inadmisibilidad pura y simple que da lugar a la repulsa ad limine, y al replanteamiento de la acción en caso de que el actor insista en su pretensión; replanteamiento que, como es obvio, no constituye una simple corrección ni aclaración, pues que nada hay que aclarar o corregir, sino un nuevo planteamiento del litigio, esto es, una nueva demanda. En otras palabras, la aclaración o corrección que autoriza el artículo 738 es de simple forma, pues que la obscuridad a que él se refiere y las soluciones que permite subsanar son de ese carácter, lo que excluye que la aclaración o corrección pueden comprender el cambio o modificación de cualquiera de los elementos de la acción, pues ello implica un nuevo planteamiento que rebasa la enmienda de errores o deficiencias de carácter meramente formal".

"La inadmisión de la demanda que procede cuando quiera que se está en presencia de un defecto que no es de los que se refiere al artículo 738 del Código Judicial, en cuyo caso hay lugar a la simple suspensión del acto de admisión, es uno de aquellos actos que acusan la cesación del procedimiento, o sea que excluyen el pronunciamiento sobre la respectiva pretensión; en otras palabras, que la inadmisión no solamente hace la demanda ineficaz "Como negocio jurídico sino incluso como hecho" conforme a la expresión de Carnelutti, por lo cual es "como si nunca se hubiera propuesto". De ahí que la corrección o enmienda en ese caso deba ser tratada como una nueva demanda. Lo que no ocurre cuando solo se trata de suspender la aceptación de la demanda, pues que este acto solo defiere esa aceptación para cuando se realice la corrección o aclaración que indica el artículo 738, por lo cual dicha suspensión no excluye la posibilidad del pronunciamiento, ni determina, por tanto, la cesación del procedimiento".

Si el artículo 87 del código administrativo prescribe que en el auto en que se niega la admisión deben expresarse los defectos que tenga la demanda y ordenarse su devolución para *que el interesado los corrija,* hay que entender que se refiere a los defectos o informalidades que he llamado accidentales *porque los esenciales no son corregibles,* como en el caso de incompetencia o de indebida acumulación. Lo que en ese artículo falta es el término dentro del cual debe hacerse la corrección, vacío que antes podía suplirse con la facultad que tiene el juez para señalar términos cuando no los señala la ley y que hoy es inequívoco porque el actual código de procedimiento civil fija ese plazo en el inciso 2o. del numeral 5o. del artículo 85 en donde se lee: "En estos casos el juez señalará los defectos de que adolezca para que el

demandante los subsane en el término de cinco días *y si así no lo hiciere la rechazará".* Este precepto confirma legalmente la doctrina anterior de la Corte sustentada por otros tratadistas, y de modo muy expreso y extenso por el doctor Hernando Morales en su monografía publicada en el número 489 de la revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario correspondiente a los meses de Enero y Febrero de mil novecientos sesenta y cinco (1965). En la nueva disposición se consagra la diferencia entre el aplazamiento y el rechazo de la demanda, se fija el término para los casos de aplazamiento y se sanciona al demandante, ahora sí con el rechazo, si después de advertido no suple las informalidades.

Podría pensarse que no obstante los razonamientos expuestos, el texto del inciso 1o. del artículo 87 del código administrativo es perentorio cuando determina que los términos de caducidad no se interrumpen en el caso de que no se dé curso a la demanda, pero este precepto debe interpretarse según todas las reflexiones expuestas anteriormente y también las transcritas de otros autores, en el sentido de que las informalidades que no suspenden el término de caducidad son las que afectan la esencia de la demanda *y no las accidentales.* Podrá cavilarse y a veces se ha afirmado así, que esta interpretación es forzada y que, cualquiera que sea la hermenéutica, resulta claramente desconocedora del "tenor literal de la ley". Podría responderse, y yo respondo así, que el excesivo apegamiento *al supuesto tenor literal* (ya vímos la dificultad de conocer el verdadero sentido del tenor literal) puede conducir y en efecto conduce a la injusticia. No en balde desde el tiempo de los romanos se repite: summum jus summa injuria.

Si las diferencias entre el aplazamiento de la admisión y el rechazo de la demanda han sido plenamente consagradas en el proceso civil, primero por la vía jurisprudencial y luego por la legal, esta institución puede trasladarse, sin rubor, al proceso administrativo teniendo en cuenta que en el primero ha de respetarse la igualdad y lealtad entre las partes y que en el segundo "las partes" son, por definición, desiguales. Esta exégesis que favorece las finalidades del proceso tal como las define el artículo 472 del anterior código judicial, y el 4o. del vigente, según las cuales los procedimientos están establecidos para asegurar la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, no causa perjuicio ninguno ni viola las reglas constitucionales del debido proceso ni disminuye las oportunidades de una actuación leal con la ley misma y, desde luego, con el gobernado.

Así se reconoció expresamente en el fallo de 19 de Septiembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968) radicado con el número 950. Allí se lee: "No hay duda de que la copia auténtica del acto administrativo acusado debe obrar en el expediente porque es indispensable para compararlo con la ley a fin de determinar si la respeta o la viola. *Pero estará conforme con el derecho*

la afirmación de que no obstante existir la prueba, en el único momento en que es necesaria o sea cuando se está preparando la sentencia, *debe ser desechada porque no se aportó simultáneamente con la demanda?* Para qué sirve el período de pruebas sino para practicar las que faltan por no haber sido aportado antes? Por qué puede el juez dictar auto para mejor proveer? No es precisamente para que en el último instante, inmediatamente antes de preparar el fallo, el juez agote todas las posibilidades de hallar la certeza? Cómo puede pensarse que se hace una venia a la ley, como no sea para burlarse de ella, al negarse a examinar una prueba pedida durante el período señalado para hacerlo y también practicada con oportunidad legal? Acaso el propio código judicial del que aparentemente se derivan todos estos enredos procesalistas encaminados a desconocer el derecho, no permite en su artículo 598 que las practicadas inoportunamente puedan ser consideradas por el superior cuando los autos llegan a su estudio por apelación o consulta? ". Allí tambien se lee: "Será cierto, como lo sostuvo alguna doctrina del Consejo, *que es esencial para la validez de la demanda que ésta sea presentada junto con copia auténtica del acto demandado y que, por tanto, en todos los casos en que en ese momento y no en otro, no esté presente dicha copia, la demanda debe* ser rechazada o, en el caso de haber sido admitida y tramitado el juicio, en el momento de fallar se abstenga de hacerlo sobre el fondo del problema debatido *sólo porque la copia de aquel acto fue aportada al juicio en oportunidad distinta? ".* (Esta providencia fue consultada con la sala plena). En aquella sentencia *acogida por unanimidad por esta misma sección cuarta,* ya se insinuaba la fundamental diferencia entre el aplazamiento de la admisión y el rechazo de la demanda y se mostraba cómo son varias las oportunidades que existen para aportar la prueba de los hechos en que se funda la acción.

En el presente caso conviene advertir que el auto del Tribunal por el cual no se admitió la demanda se abstuvo de ordenar su devolución *para que se corrigieran los defectos.* Además supuesto que la ausencia del acto demandado se debiera a culpa del apoderado debe reconocerse que dicha culpa es concurrente con la del secretario que recibió la demanda porque en élla se anunciaban sus anexos y dicho funcionario omitió verificar si existían todos. Esta culpa también es compartida por el magistrado sustanciador quien no decidió sobre la admisión *sino mes y medio después de haber sido presentada la demanda* violando así el artículo 124 del código de procedimiento civil aplicable, por ausencia de análoga disposición, en el administrativo. Las culpas concurrentes de abogado, secretario y magistrado no pueden tener como única consecuencia la caducidad de la acción y la imposibilidad de reclamar el reconocimiento del derecho que el actor reputa violado. En otras palabras, no se concilia con el concepto de la justicia, cualquiera que sea el que se profese, que los errores de sus administradores tengan como única consecuencia el perjuicio para el gobernado.

Incidentalmente también debe mencionarse que el auto del Tribunal dió como otro motivo para rechazar la demanda el que no se hubiera mencionado uno de los actos intermedios de la actuación administrativa compuesta, de liquidación de impuestos. Este motivo contraría antigua y lógica jurisprudencia del Consejo según la cual la demanda debe interpretarse. Doctrina ahora confirmada por el actual código de procedimiento civil cuando prescribe que el juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y *le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada".* Esta observación es incidental porque la sentencia de la que estoy disintiendo no la menciona. A este propósito el proyecto rechazado por la mayoría de la sala decía: "El artículo 85 exige la individualización precisa del acto cuya nulidad se intenta. La jurisprudencia tanto en lo administrativo como en lo civil es uniforme en el sentido de que los errores técnicos del escrito de demanda no son motivo para rechazarla. El juez debe interpretarla con el fin de no sacrificar el derecho al formulismo. Doctrina ahora confirmada legal y expresamente por el artículo 86 del código de procedimiento civil. En este caso se alude a la liquidación oficial de impuestos cuya revisión es lo que se pide y al acto final del proceso gubernativo en el que obviamente está mencionada la resolución intermedia de la administración regional de impuestos. Al leer la demanda no queda duda acerca de lo que pretende el actor: Que se revisen los impuestos que estima liquidados en exceso".

Para completar el equipo de cordiales y respetables amigos, ya citados, que hasta aquí me han acompañado en la presente excursión por los valles y las colinas de la ciencia jurídica, permítaseme llamar en mi auxilio a uno más, contemporáneo nuestro, abogado y muy conocido político. Ante un grupo de estudiantes universitarios, dijo así el extinto presidente John F. Kennedy: "La Constitución nos ha ido sirviendo extraordinariamente bien, pero sus cláusulas han de ser interpretadas por los hombres y son éstos quienes las han de aplicar. Ha de hacérsela funcionar hoy en un mundo radicalmente distinto del existente el día en que fue redactada".
26 de Enero de 1972

MIGUEL LLERAS PIZARRO

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTOS NACIONALES

IMPUESTOS. Competencia, según la cuantía, del Consejo de Estado y de los Tribunales, para conocer de las controversias que se susciten sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales, departamentales o municipales. Para que un negocio de impuestos tenga segunda instancia ya no se mira al monto de lo asignado o fijado en la liquidación, como ocurría dentro del sistema del código, sino a la cuantía de la acción, esto es, al valor de lo que se reclama.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta -- Bogotá, febrero diez de mil novecientos setenta y dos

Consejero Ponente: Doctor Gustavo Salazar T.

Ref. Expediente No. 1918
Actor: Pan American World Airways Inc.

En recurso de apelación concedida al actor ha venido al Consejo de Estado la sentencia de 4 de junio de 1971 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que puso fin a la instancia dentro del juicio de revisión de impuestos adelantado por la sociedad comercial Pan American World Airways Inc.

Según la demanda lo que se persigue con la acción instaurada es que se varíe la base para liquidar la inversión obligatoria en Acerías Paz del Río correspondiente al año de 1953, excluyendo lo recibido por la sociedad actora por concepto de dividendos de otras sociedades anónimas, según la norma del artículo 1o. del decreto 2615 de 1953 y se declare que la sociedad puede destinar lo que pagó de más en futuras inversiones o ceder a terceros el número de acciones equivalentes a dicha suma.

De acuerdo con la liquidación privada la compañía cree que no está obligada a invertir más de $ 21.445,17 en acciones de Paz del Río; y la administración sostiene, según la liquidación reclamada que tal inversión asciende a la suma de $ 24.668,26. Hay, por tanto, una diferencia de $ 3.223,09, que viene a ser la cuantía de la acción.

Se tiene así que se trata de un asunto de única instancia ante el Tribunal Administrativo según las reglas sobre competencia y reiterada jurisprudencia de esta Sala.

En efecto:

De conformidad con el artículo 275 del Código Contencioso Administrativo "las controversias sobre impuestos nacionales serán decididas por los Tribunales Administrativos en una sola instancia, cuando el monto de lo asignado es inferior a quinientos pesos. En los demás casos, el fallo del Tribunal es apelable para ante el Consejo de Estado".

El sistema consagrado en esta disposición fue variado fundamentalmente por el decreto 528 de 1964. El artículo 32 de este ordenamiento estatuye:

"Los Tribunales Administrativos conocen:

"1. En única instancia:

"e) De las controversias que se susciten sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales, departamentales o municipales cuando la cuantía sea inferior a diez mil pesos;

"2o. En primera instancia:

"g) De las controversias que se susciten sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales, departamentales o municipales, cuando la cuantía sea o exceda de diez mil pesos".

En tal forma que para que un negocio de impuestos tenga segunda instancia ya no se mira el monto de lo asignado o fijado en la liquidación, como ocurría dentro del sistema del código, sino a la cuantía de la acción, esto es, al valor de lo que se reclama. El vocablo acción significa "el derecho de exigir alguna cosa" y si las normas del decreto 528 señalan segunda instancia en las acciones de impuestos cuando la cuantía sea o exceda de diez mil pesos, ha de concluirse necesariamente que se refiere no al monto de lo señalado en la liquidación, sino a lo que se pretende que ha sido cobrado de más por la administración.

Por lo expuesto, se declara que no hay lugar a conocer del negocio en segunda instancia y se dispone devolver el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de hoy.

Juan Hernández Sáenz – Hernando Gómez Mejía – Miguel Lleras Pizarro – Gustavo Salazar T.

Hernando Franco Rojas
Secretario

REVISION DE IMPUESTOS

BIENES RAICES. Ganancias ocasionadas con su venta.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Gustavo Salazar T.

Ref: Expediente número 1917
Actor: Carlos Rivadeneira González

En este expediente están acreditados los siguientes hechos:

Por escritura número 3034 de 13 de diciembre de 1939 el doctor Carlos Rivadeneira González adquirió por compra el predio rural llamado Sabaneta, departamento de Boyacá y otra pequeña parte por escritura número 2831 de 25 de junio de 1955.

Por un lapso de veinte años su dueño explotó económica y personalmente el referido fundo, con cría, levante y engorde de ganados vacunos.

En 1959 el doctor Rivadeneira enfermó gravemente, siendo sometido a delicada intervención quirúrgica y por prescripción médica no pudo volver a montar a caballo, por lo que se vió imposibilitado para regresar a la finca, ya que para llegar a ella debía hacer por ese único medio de transporte, por mal camino de herradura, en jornada de dos y media horas.

Se vió así forzado a enajenar el fundo, pero ante la dificultad para encontrar un solo comprador, resolvió fraccionarlo en lotes de diferentes cabidas que vendió a los vecinos de la hacienda en 1961.

Tal operación la refirió en su declaración de renta correspondiente a ese año fiscal, con indicación de los compradores, número y fecha de las escrituras y precio de venta, por un valor total de $ 306.690,28. A la declaración acompañó certificado del jefe de la oficina de catastro de Chiquinquirá según el cual toda la finca figuraba en los libros catastrales con avalúo de trescientos ocho mil trescientos pesos ($ 308.300,00), en 31 de diciembre de 1960.

Por aviso número 24444 de 30 de octubre de 1962 la administración de impuestos nacionales de Bogotá le notificó que ese despacho le había fijado

el impuesto sobre la renta a su cargo por el año de 1961 deduciéndole una utilidad ocasional líquida de $ 22.194,78 en la venta de los mencionados lotes, utilidad que le ocasionaba un impuesto sobre la renta de $ 58.532,07 y otro de exceso de utilidades de $ 14.395,60.

Reclamó el contribuyente que por tratarse de enajenación de bienes inmuebles que habían sido adquiridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1960 y que no formaban parte de una urbanización o parcelación no había lugar a renta gravable, según la ley 81 de 1960 y su decreto reglamentario.

Por resolución número A 2222 **P** de 25 de noviembre de 1965 la administración resolvió favorablemente el reclamo con fundamento en el siguiente razonamiento:

"En el caso particular de autos, para este Despacho, los bienes vendidos por el doctor Rivadeneira González, deben calificarse como activos inmovilizados, según la disposición legal transcrita, pues así se deduce de la actividad del reclamante, cual es la de ganadero y pensionado y según las pruebas presentadas al reclamo, el contribuyente vendió parte del bien inmueble mencionado por la imposibilidad de la explotación personal, en consideración a su salud, y que el negocio para el cual tenía dedicado dicho bien, ganadería, lo ha liquidado, toda vez que para el año de 1961, no figuran dentro de sus activos, como en años anteriores, semovientes. De manera que dichas propiedades no fueron adquiridas exclusivamente para la venta, no siendo tampoco una transacción ordinaria en los negocios del doctor Rivadeneira.

"Ahora bien, teniendo en cuenta la actividad del mencionado contribuyente, los bienes de su propiedad no están sometidos a enajenación, según se observa de la fecha de adquisición que tuvo lugar en los años de 1939 y 1955 y el de su enajenación en 1960, por lo que dichos bienes no fueron adquiridos para la venta, o sea que no han sido objeto de transacción ordinaria en los negocios del recurrente.

"No sería serio pensar que por el hecho de haber el contribuyente vendido a varias personas partes de la finca "Sabaneta" tenga el negocio de urbanizador o parcelador, si como aparece suficientemente demostrado y comprobado, la imposibilidad de vender a una sola persona, por la extensión del bien mencionado y la necesidad imperiosa de su venta, ya que no le era posible su explotación personal, en consideración a su edad y al haber sido sometido a una operación quirúrgica que le impide montar a caballo, único medio de transporte en dicha región.

"Determinado en forma indubitable que la finca "Sabaneta" no fue adquirida para revenderla, parcelarla o urbanizarla, que el contribuyente no es parcelador ni urbanizador, preciso es aceptar, que la finca cuestionada, estaba destinada a negocios de ganadería, constituyendo por tanto un activo inmovilizado, razón por

la cual no tiene en este caso cabida el art. 77 del Decreto 437 de 1961, que exige que el bien inmovilizado se convierta en activo movible para destinarlo al negocio de urbanización o parcelación, que realmente como se afirma y aparece comprobado, no ha sido la intención del contribuyente doctor Rivadeneira González".

La administración envió en consulta la resolución mencionada a la División de Impuestos Nacionales, oficina que la revocó para mantener la liquidación inicial porque "la venta en sucesivas operaciones, por lotes o parcelas, segregadas de un fundo, abstracción hecha del móvil de hacerla así, les comunica a las fracciones del inmueble vendidas la calidad de activos movibles" y por lo mismo hay lugar a gravar la utilidad, de conformidad con la norma del artículo 77 del decreto 437 de 1961 (resoluciones números R 3217 H de 17 de octubre de 1967 y R 2372 H de 23 de septiembre de 1968).

Acudió entonces ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en demanda de revisión de la operación administrativa que se deja relacionada a fin de que se practique nueva liquidación, debiéndose tener como renta exenta la obtenida por la venta de la finca Sabaneta, con fundamento en el mismo razonamiento que atrás quedó expuesto y señalando como disposiciones violadas numerosos artículos de la ley 81 de 1960 y de su decreto reglamentario.

Por sentencia de 9 de julio de 1971 el Tribunal no accedió a las peticiones de la demanda porque estimó que sí era el caso de dar aplicación a la norma del artículo 77 del decreto 437 de 1961 "puesto que la venta se hizo en forma parcelada".

En virtud de apelación interpuesta por el actor el negocio ha venido a conocimiento del Consejo de Estado y cumplido el trámite de la segunda instancia procede la Sala a decidirla. El fiscal de la Corporación doctor Ortiz Amaya conceptúa que el fallo del Tribunal debe ser revocado para en su lugar darle validez a lo resuelto por la administración en la resolución 2222 de 23 de noviembre de 1965, ya que el contribuyente simplemente se limitó a enajenar su hacienda en forma fraccionada, pero que en ningún caso estableció un negocio de parcelación, que requiere planeación, programación y obras de adecuación del inmueble que se destina a una operación mercantil de esa naturaleza.

Se considera:

La ley 81 de 1960 reorgánica del impuesto sobre la renta implantó en Colombia el sistema sueco para gravar las ganancias ocasionales proveniente

de la venta de bienes raíces, sistema que funciona así:

Al precio de enajenación se le resta el de adquisición más el valor de las construcciones y mejoras que se acrediten con pruebas satisfactorias y el monto de los impuestos relativos al inmueble de que se trata y la diferencia es la renta bruta. Esta se disminuye en un diez por ciento por cada año transcurrido entre la fecha de adquisición del bien y la de su enajenación y se obtiene así la renta líquida gravable en el año fiscal correspondiente a la enajenación.

Por lo mismo, no habrá renta gravable para quienes enajenen propiedades que hayan permanecido en su poder diez años o más, seguramente porque el legislador presume que el bien se adquirió sin ánimo de especulación como porque estima que nuestra moneda se deprecia en la misma proporción y al término de ese período el valor que recibe el vendedor es sensiblemente igual al que pagó, lo que quiere decir que no obtuvo ganancia.

Para facilitar el tránsito del antiguo al nuevo sistema se prescribe además que en la enajenación de bienes adquiridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1960 se debe tomar como costo el avalúo catastral vigente en esa fecha o la estimación jurada de su valor hecha en las oficinas de catastro para lo cual se dió plazo hasta el 31 de agosto de 1961.

Del sistema indicado el legislador excluyó la enajenación de bienes que formen parte de negocios de urbanización o parcelación, porque en tales casos ya no se trata de ventas que sobrevienen accidentalmente sino como fruto de operaciones habituales de tipo mercantil, las que quedan sometidas al régimen impositivo común.

Pero es claro que por negocio de urbanización o parcelación se entiende aquel sometido a las disposiciones legislativas y reglamentarias que rigen tal actividad de comercio, que por lo que hace a las tierras rurales debe estar precedida de un estudio sobre la composición de los suelos, naturaleza de los cultivos aconsejables en la región, suministro y distribución de aguas, accesibilidad a las vías de comunicación y a los centros de mercado y demás que señala la ley 20 de 1959.

Para los casos en que un contribuyente haya poseído un bien raíz como activo inmovilizado y resuelva cambiarlo de destinación colocándolo dentro de un negocio de urbanización o parcelación, esto es, convirtiéndolo en activo movible, el artículo 77 del decreto 437 de 1961 preceptúa reglas sobre la manera de determinar la renta bruta respecto de los solares vendidos y la que obtenga el dueño por el cambio de destinación. Bien claro resulta de esta norma que por negocio de parcelación o urbanización debe entenderse aquel

en que se realicen inversiones y gastos para convertir el bien raíz de inmovilizado en movible, concepto que define el artículo 47, numeral 15 de la ley 81 de 1960.

Por lo mismo, el solo hecho de vender una hacienda por partes para facilitar su enajenación, de ninguna manera esa sola operación convierte el bien raíz de activo inmovilizado en movible y mucho menos muda a su dueño de hombre de campo en comerciante de un negocio de urbanización o parcelación.

Como ya se vió en los antecedentes de este proceso, el contribuyente fue persona que por espacio de veinte años poseyó la hacienda Sabaneta como activo inmovilizado y luego por razones de salud se vió en la necesidad de venderla en forma fraccionada para facilitar la enajenación, sin que tal operación se pareciera siquiera a un negocio de parcelación ni la finca la convirtiera en un activo movible por lo que la División de Impuestos Nacionales incurrió en grave error de interpretación de las normas impositivas que reglamentan la materia.

Se impone, por tanto, revocar la sentencia apelada, revisar la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta para en su lugar hacer nueva liquidación y fijar la exacta cantidad que le corresponda pagar al actor por el año fiscal de 1961.

La nueva liquidación queda así:

Rivadeneira González Carlos — Año gravable de 1961

		Bases	Grav. parcial	Total Impto.
Renta bruta		$36.806.79		
Menos: deducciones		13.493.32		
Renta líquida		$23.313.47		
Menos:				
Rentas exentas	$16.500.00			
Exenciones personales	3.500.00	20.000.00		
Renta gravable		3.313.47		
Impuesto básico sobre la renta			20.40	
Activo patrimonial en 31 de diciembre de 1961		$615.374.34		
Menos: bienes exentos		35.953.00		
Patrimonio gravable		$579.421.34		
Impuesto complementario sobre patrimonio			$4.473.64	
Total impuesto que causa intereses				$4.498.34

En mérito de las anteriores consideraciones el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Revócase la sentencia apelada de fecha 9 de julio de 1971 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el presente juicio;

2. Revísase la operación administrativa contenida en el aviso de notificación número 24444 de 30 de octubre de 1962 de la administración de impuestos nacionales de Bogotá y en las resoluciones números A 2222 P de 25 de noviembre de 1965 de la misma administración, R 3217 H de 17 de octubre de 1967 y R 2372 H de 23 de septiembre de 1968 de la División de Impuestos Nacionales. En su lugar se dispone que el contribuyente Carlos Rivadeneira González solamente está obligado a pagar la suma de cuatro mil cuatrocientos noventa y ocho pesos con treinta y cuatro centavos ($ 4.498.34), de acuerdo con la liquidación practicada en la parte motiva de este fallo;

3. Teniendo en cuenta los recibos que obran en el expediente a los folios 45, 46, 47 y 48 (cuaderno principal) distinguidos con los números A 646991 de noviembre 27 de 1962, A 632901 de 20 de agosto de 1962, A107361 de mayo 17 de 1962 y A 106110 de marzo 2 de 1962, el contribuyente acredita que está a paz y en salvo con la administración por haber pagado la cantidad deducida a su cargo, de acuerdo con la anterior liquidación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de hoy.

Juan Hernández Sáenz – Hernando Gómez Mejía – Miguel Lleras Pizarro – Gustavo Salazar T.

Hernando Franco Rojas
Secretario

REVISION DE IMPUESTOS

ACCION DE REVISION DE IMPUESTOS DEL ARTICULO 271 C.C.A. Y ACCION DE LOS ARTICULOS 36 LEY 63 DE 1967 Y 9o. LEY 8a. DE 1970. Existe diferencia notoria entre ellas. Aunque ambas por razón de su idéntica finalidad son procesos relacionados con el monto, distribución o asignación de impuestos, cuyo conocimiento corresponde en primera o única instancia a los Tribunales Administrativos, según las reglas del Decreto Ley 528 de 1964. La primera tiende a demostrar que por causa de haberse quebrantado textos concretos, la liquidación de un impuesto practicada al demandante es ilegítima o cuando menos excesiva en su cuantía. La segunda no busca discutir cuestiones jurídicas sino simplemente acreditar que la Administración dejó de resolver dentro del plazo legal el reclamo formulado por quien demanda contra una liquidación del impuesto sobre la renta y que, por esta circunstancia, tal reclamo debe entenderse decidido a su favor.

DEMANDA. No se debe devolver la demanda cuando el Juez a quien se presentó se crea incompetente para conocerla, sino remitirla al funcionario competente Art. 140 C.P.C.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, mayo diez de mil novecientos setenta y dos.

Consejero Ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz

Referencia: Expediente No. 2064

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en auto del 2 de febrero de 1972, se abstuvo de admitir la demanda presentada por el señor Gonzalo Caicedo Toro para solicitar que se declarara resuelto en su favor el reclamo que hizo contra su liquidación del impuesto sobre la renta, complementarios y especiales correspondiente a 1961, con base en lo preceptuado por el artículo 36 de la Ley 63 de 1967. Ordenó, asimismo, el Tribunal que le fuese devuelto el libelo al demandante.

Este apeló y como está cumplido el trámite del recurso, es la oportunidad de resolver:

Se funda la providencia recurrida en que el demandante Caicedo Toro es vecino de Cali, la Administración de Impuestos Nacionales de esa ciudad fue la que practicó la liquidación impugnada y dicho señor paga sus tributos allí mismo, circunstancias que, en sentir del Tribunal, lo hacen incompetente para conocer del asunto conforme a lo dispuesto por el artículo 277 del Código Contencioso Administrativo.

El actor, de su parte, sostiene que como el juicio intentado no es de

revisión de impuestos, según lo tiene dicho esta Sala en auto del 4 de noviembre de 1971, la competencia para decidirlo no se rige por el aludido artículo 277. Cree, en cambio, que como la última Resolución, que es la impugnada por extemporánea, proviene de la Dirección General de Impuestos Nacionales, que funciona en Bogotá, es el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el competente. O, si no, el Consejo de Estado en única instancia, por emanar aquel acto de un organismo del orden nacional.

La Sala considera:

Existe diferencia notoria entre la acción de revisión de impuestos que consagra el artículo 271 del Código Contencioso Administrativo y la que surge de lo preceptuado en los artículos 36 de la Ley 63 de 1967 y 9o. de la Ley 8a. de 1970.

La primera tiende a demostrar que por causa de haberse quebrantado textos concretos, la liquidación de un impuesto practicada al demandante es ilegítima o cuando menos excesiva en su cuantía. Se plantea entonces un debate jurídico respecto a los alcances y efectos de normas tributarias invocadas en la demanda, para inducir así al tribunal de lo contencioso administrativo a que infirme o por lo menos rehaga la liquidación atacada, en armonía con los textos que el actor haya mostrado que deben aplicarse al caso controvertido.

La segunda no busca discutir cuestiones jurídicas sino simplemente acreditar que la Administración dejó de resolver dentro del plazo legal (36, Ley 63 de 1967; 9o., Ley 8a. de 1970) el reclamo formulado por quien demanda contra una liquidación del impuesto sobre la renta y que, por esta circunstancia, tal reclamo debe entenderse decidido a su favor. La sola prueba del silencio de las autoridades tributarias basta para que el actor triunfe en sus aspiraciones, sin que haya lugar a examinar la legitimidad o ilegitimidad de las mismas. Sea lo que fuere a este respecto, ha de revocarse o rehacerse su liquidación del gravamen conforme a lo solicitado ante los funcionarios de impuestos.

Pero de todos modos al ejercerse una u otra de estas acciones la finalidad perseguida por el demandante es una sola; exonerarse o por lo menos mermar la cuantía de la carga tributaria derivada de una liquidación oficial del impuesto sobre la renta. En el primer caso, por el esfuerzo probatorio y de dialéctica jurídica del demandante que lleva al juzgador a revisar la liquidación. Y en el segundo, por el simple ministerio de la ley que hace imperiosa tal revisión cuando se demuestre nada más que la mora de la Administración en decidir el reclamo del contribuyente inconforme.

Es indudable entonces que, por razón de su idéntica finalidad, el juicio de revisión propiamente dicho y el que se deriva del silencio de las autoridades tributarias en la decisión de reclamos son procesos relacionados con el monto, distribución o asignación de impuestos, cuyo conocimiento corresponde en primera o única instancia a los tribunales administrativos, según las reglas del Decreto Ley 528 de 1964, y, a prevención entre estos, cuando se trata del gravamen sobre la renta, que es nacional, entre aquel en cuyo ámbito territorial se hizo la liquidación, se pagó el tributo o está domiciliado el demandante, conforme lo prevé el artículo 277 del Código Contencioso Administrativo.

Y como en el caso *sub judice* todas estas circunstancias o condiciones concurren en la ciudad de Cali, sede del Tribunal Administrativo del Valle, resalta de bulto que es a éste y no al de Cundinamarca a quien compete decidir el juicio intentado por el señor Caicedo Toro.

Acontece, empero, que no es el caso de devolverle la demanda a quien la presentó, como se dispuso en el auto recurrido, ya que el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, que rige esta materia, prevé que cuando el funcionario judicial se crea incompetente para decidir un litigio debe remitirlo al competente, en lugar de desechar el libelo que se le dirigió erróneamente, con el fin de evitar por este medio que se malogren derechos sustanciales de los gobernados por causas artificiales, como la división del trabajo entre distintos organismos judiciales de igual o diversa jerarquía o la especialización de las distintas jurisdicciones, a pesar de que todos ellos pertenecen a una misma rama del poder público, la jurisdiccional, encargada en todo caso de dar el derecho a quien lo tenga, por encima de miramientos o formulimsmos puramente procesales.

Habrá de mantenerse entonces el auto apelado en lo que hace a la declaración de incompetencia por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pues en ello le asiste razón. Y modificarse en cuanto atañe a que el libelo se devuelva para ordenar, en cambio, que sea remitido al Tribunal Administrativo del Valle, a quien corresponde admitirlo, darle curso y fallar sobre él, conforme a los preceptos que se dejaron mencionados.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Refórmase el auto apelado, así: Por ser incompetente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para conocer del juicio propuesto en la demanda que antecede, dicho Tribunal debe remitirla al Tribunal

Administrativo del Valle, a quien corresponde legalmente su trámite y decisión.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Se deja constancia de que la Sala consideró y aprobó esta providencia en la sesión del 10 de Mayo de mil novecientos setenta y dos.

Juan Hernández Sáenz – Hernando Gómez Mejía – Miguel Lleras Pizarro – Gustavo Salazar T.

Hernando Franco Rojas
Secretario.

INDICES

A

1. ACCION COMUNAL Y SUS JUNTAS.

Evolución y contenido de su régimen legal. Si se comienza por la Ley 19 de 1958 y sus artículos 22, 23 y 24 en donde se consideran ya las Juntas de Acción Comunal, se observa que desde entonces se estima que a ellas se les pueden encomendar determinadas funciones en relación a los servicios públicos y se prescribe que el Gobierno fomentará la cooperación de los vecinos y promoverá la formación de estas Juntas. No deja de carecer de interés que esta Ley se haya ocupado de estas Juntas ya que como es sabido ella tiene por finalidad, al iniciarse un nuevo período institucional, una reforma administrativa. En esa Ley, entre otras cuestiones, se establece el Departamento Administrativo de Planeación, se organiza el Servicio Civil y la Carrera Administrativa, se crea en el Consejo de Estado una Sala especializada y se propende a una descentralización por servicios entre la Nación, los Departamentos y los Municipios. Como lo expresa el art. 1o. que señala la orientación y finalidades de esta Ley, con ella, al reorganizar la Administración Pública, se busca asegurar la coordinación y continuidad de la acción oficial conforme a planes de desarrollo, y, a más de procurar la estabilidad y preparación de los funcionarios, asegurar también el ordenamiento racional de los servicios públicos y la descentralización de los que puedan funcionar más eficazmente bajo las autoridades locales. Ella señala, en síntesis, una orientación y, siguiendo esa orientación una reorganización de la Administración del Gobierno y del Estado, mismo. Es, para concretar y en uno de sus aspectos nada más, la reafirmación Estado planificador. Y por eso, al tratar en esta Ley de la Acción Comunal y de sus Juntas, les da y adquieren un relieve y unas características especiales: las incorpora a la acción del Estado y en el mismo estatuto en que se ocupa de la Planeación, de la Carrera Administrativa, de la descentralización. En desarrollo de la Ley 19, por el Decreto 1761 de 1959, se creó en el Ministerio de Educación Nacional la División de Acción Comunal, con su Dirección y Secciones, a la que se señala, entre otras funciones, la de dirigir las campañas de Acción Comunal y la de promover la formación de Juntas. Por el Decreto 1634 de 1960 que reorganiza el Ministerio de Gobierno, se adscribe a este Ministerio la dirección y coordinación de las campañas de Acción Comunal, con su Dirección y Secciones, creando, entre las entidades asesoras, el Consejo Nacional de Acción Comunal integrado por varios Ministros (Gobierno, Agricultura, Salud, Fomento, Educación, Obras Públicas) y por representantes de

la Federación de Cafeteros y de las centrales sindicales, que tiene como función, a escala nacional, estudiar los problemas, necesidades, recomendaciones y programas de la Acción Comunal. (Concepto de marzo 7 de 1972. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Mario Latorre Rueda. Consulta del Señor Ministro de Gobierno. Publicación autorizada con Oficio No. 1267 de junio 12 de 1972, del mismo Ministro). (Ver Nos. 2 y 71 del Indice). 15

2. ACCION COMUNAL Y SUS JUNTAS.

Sus funciones y fines desde el punto de vista legal. Carácter de estas juntas

En la Ley 19 de 1958, el fin primordial que se busca con esa cooperación de los vecinos es el de que ella se adelante en el campo de la educación. Por eso, en un principio, por el Decreto 1761 de 1959, era lógico que la división de Acción Comunal estuviera adscrita al Ministerio de Educación. Con el tiempo, aunque se mantiene esta preocupación por la educación, como es el caso del Decreto 454 de 1964, con la facultad atribuída a las Juntas de organizar determinados establecimientos educativos, otras disposiciones amplian y diversifican la participación de las Juntas a otras actividades pudiéndose citar, en este sentido, el Decreto 108 de 1965 sobre integración de los Comités de Salud, el Decreto 305 de 1965 sobre sanidad y abastecimiento de agua, el Decreto 2263 de 1966 sobre Integración Popular y el Decreto 755 de 1967 sobre usuarios. A este mayor radio de acción de las Juntas y de la importancia correlativa que adquieren corresponde, en el transcurso de la legislación, el reconocimiento a esas Juntas de una mayor autonomía, si puede hablarse así, y que sin que pierdan el ámbito limitadamente regional en que deben actuar, las coloca dentro de una perspectiva nacional. Así, si en la Ley 19 de 1968 se prescribía, como lo mantiene el Decreto 1761 de 1959, que las Juntas se organizarán de acuerdo con las normas que expidieran los respectivos Concejos Municipales, Decretos posteriores que ya se han mencionado crean una organización nacional a través del Ministerio de Gobierno y una regulación en cuanto a su constitución, organización, patrimonio y fines también de carácter nacional y que tiene su última y completa expresión en el Decreto 2070 de 1969. Sinembargo, debe anotarse por ser de importancia en esta materia, que es origen de un desarrollo posterior y constituye un reconocimiento inicial de una de sus funciones principales, que desde 1958 se contempla la posibilidad de que las Juntas intervengan en los servicios públicos: en su control y vigilancia o en su manejo, según texto del art. 22 de la mencionada ley 19 de ese año. Igualmente si se considera la legislación de esos primeros años en esta materia, teniendo en cuenta la personería jurídica que pueden adquirir las Juntas, y se buscara desde entonces precisar su carácter, principalmente en cuanto a la propiedad y hacerlo como corresponde dentro del Código Civil, es de inmediata ocurrencia hacer referencia al art. 633 de ese Código y, dentro de las distinciones que hace ese mismo artículo, ubicar a las

Juntas dentro de las corporaciones y, con conocida y repetida jurisprudencia, repetir que los atributos de la persona ficticia son en principio iguales a los de la persona física y que la corporación a su turno, se caracteriza por ser una asociación de personas, en busca de mejoramiento o bienestar del conjunto, sin que con ella se persigan fines de lucro. (Ver Nos. 1 y 71 del índice)... 15

3. ACCION DE REVISION DE IMPUESTOS DEL ARTICULO 271 C.C.A. y ACCION DE LOS ARTICULOS 36 LEY 63 DE 1967 y 9o. LEY 8a. DE 1970.

Existe diferencia notoria entre ellas. Aunque ambas por razón de su idéntica finalidad son procesos relacionados con el monto, distribución o asignación de impuestos, cuyo conocimiento corresponde en primera o única instancia a los Tribunales Administrativos, según las reglas del Decreto Ley 528 de 1964. La primera tiende a demostrar que por causa de haberse quebrantado textos concretos, la liquidación de un impuesto practicada al demandante es ilegítima o cuando menos excesiva en su cuantía. La segunda no busca discutir cuestiones jurídicas sino simplemente acreditar que la Administración dejó de resolver dentro del plazo legal el reclamo formulado por quien demanda contra una liquidación del impuesto sobre la renta y que, por esta circunstancia, tal reclamo debe entenderse decidido a su favor. Con la primera se plantea entonces un debate jurídico respecto a los alcances y efectos de normas tributarias invocadas en la demanda, para inducir así al Tribunal de lo Contencioso Administrativo a que se infirme o por lo menos rehaga la liquidación atacada, en armonía con los textos que el actor haya mostrado que deben aplicarse al caso controvertido. En la segunda la sola prueba del silencio de las autoridades tributarias basta para que el actor triunfe en sus aspiraciones, sin que haya lugar a examinar la legitimidad o ilegitimidad de las mismas. Sea lo que fuere a este respecto, ha de revocarse o rehacerse su liquidación del gravémen conforme a lo solicitado ante los funcionarios de impuesto. Pero de todos modos al ejercerse una u otra de estas acciones la finalidad perseguida por el demandante es una sola: exonerarse o por lo menos mermar la cuantía de la carga tributaria derivada de una liquidación oficial del impuesto sobre la renta. En el primer caso, por el esfuerzo probatorio y de dialéctica jurídica del demandante que lleva al juzgador a revisar la liquidación. Y en el segundo, por el simple ministerio de la ley que hace imperiosa tal revisión cuando se demuestre nada más que la mora de la Administración en decidir el reclamo del contribuyente inconforme. Es indudable entonces que, por razón de su idéntica finalidad, el juicio de revisión propiamente dicho y el que se deriva del silencio de las autoridades tributarias en la decisión de reclamos son procesos relacionados con el monto, distribución o asignación de impuestos, cuyo conocimiento corresponde en primera o única instancia a los Tribunales Administrativos, según las reglas del Decreto Ley 528 de 1964, y, a prevención entre estos, cuando se trata del gravamen sobre

la renta, que es nacional, entre aquel en cuyo ámbito territorial se hizo la liquidación, se pagó el tributo o está domiciliado el demandante, conforme lo prevé el artículo 277 del Código Contencioso Administrativo. (Auto de Mayo 10 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Gonzalo Caicedo Toro. Acción de revisión de impuesto). (Ver No. 41 del índice). 622

4. ACCION DE RECLAMO DE PRESTACIONES SOCIALES Y ACCION DE REINTEGRO AL SERVICIO DE EMPLEADOS OFICIALES.

Términos de prescripción y de caducidad. La Sala aplicó durante algún tiempo la prescripción trienal de que trata el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral por dos razones fundamentales, a saber: *Primera* Porque no existía norma especial que regulara esta materia en relación con los trabajadores oficiales y, en consecuencia, de acuerdo con el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, podía aplicarse aquélla a los empleados públicos. De suerte que el Consejo de Estado podía aplicar el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral que aunque regula las relaciones de trabajo de carácter particular, trata también sobre materias o casos semejantes no previstos hasta entonces para los funcionarios públicos. *Segunda)* Porque el contenido del artículo 151 citado, es tan amplio, que podía interpretarse en el sentido de que se refería a todas las acciones que emanen de las Leyes sociales, sin distinción entre las que surgían de las relaciones de trabajo entre particulares y las de derecho público. Pero sucede que esta aplicación analógica ya no podía hacerse a partir de la vigencia del Decreto 3135 de 1968, el cual en su artículo 41 trató, precisamente, esta materia al establecer una prescripción de tres (3) años para las acciones que emanen de los derechos consagrados en dicho estatuto, exclusivamente sobre prestaciones sociales, sin incluír lo relacionado con salarios ni reintegros. Se llega, entonces, a la conclusión de que existen actualmente dos estatutos: uno, que regula las relaciones de trabajo entre particulares, y otro, las de derecho público. Como el primero o sea el Código Sustantivo del Trabajo establece expresamente en su artículo 4o. que las disposiciones allí contenidas no se aplicarán a las relaciones entre el Estado y sus empleados, las cuales se regirán por normas especiales que se dicten en el futuro, –y estas ya fueron promulgadas–, queda por ello descartada la posibilidad de aplicar aquel estatuto en el caso de autos. De lo anteriormente expuesto se deduce que para efectos de prescripción de acciones contencioso-administrativas de carácter laboral, debe aplicarse el estatuto del trabajador público porque se trata de una norma especial que conforme al artículo 5o. de la Ley 57 de 1887, su observancia prevalece sobre las demás. Es sabido que los Códigos Sustantivo del Trabajo y de Procedimiento Laboral, están expresamente consagrados para las relaciones de derecho privado, por lo cual estan-

do vigente el estatuto del trabajador público es éste el que regula las relaciones entre el Estado y sus funcionarios. De allí que no sea posible aceptar sin violar disposiciones expresas, como las que antes se dejan analizadas, que un servidor oficial pueda acogerse a aquellas que establecen las relaciones de trabajo de carácter privado, como tampoco el empleado particular invocar normas de derecho público para la definición de sus situaciones laborales. (Auto de marzo 24 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Carlos Alfonso Bolaños Muñoz. Acción de plena jurisdicción contra unas resoluciones del Ministerio de Educación Nacional). 246

5. ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La actividad de la administración comprende: actos administrativos en sentido estricto, o negocios jurídicos de derecho público y meros actos administrativos. Estos últimos no son susceptibles de ninguna clase de recursos ni por la vía administrativa ni por la vía contenciosa. Elemento esencial, parte nuclear del acto administrativo es el que sea una declaración de voluntad del funcionario o corporación administrativos, de deseo, o de juicio: este elemento lo ponen invariablemente todos los tratadistas de Derecho Administrativo, consecuencialmente donde no hay declaración de voluntad, de juicio, de deseo con la finalidad de producir un efecto en derecho no puede predicarse la existencia de un acto administrativo. Tal es el caso de la certificación en donde la Administración no hace ninguna manifestación de voluntad sino que se contrae a dejar constancia de algo existente, de algo que compruebe por todos los medios normales o de hechos que se han sucedido en presencia del funcionario público y de los cuales no queda constancia en el expediente. Pero en esta hipótesis la voluntad de la Administración no quiere, no se determina, no se manifiesta, no es su deseo producir consecuencias jurídicas; otra cosa es el uso que de la certificación haga el interesado. Pero se argumentará que el mero hecho de que el certificado provenga de un funcionario administrativo y que sea producido en virtud de cierta actividad elemental de aquél le da la categoría de acto administrativo. Tal afirmación sería completamente inexacta porque no basta que una actividad se realice por la Administración para que ella pueda denominarse acto administrativo; es necesario el elemento clave que antes se analizaba. De ahí porqué la doctrina suele distinguir la actividad de la Administración en actos administrativos en sentido estricto, o negocios jurídicos de drecho público y meros actos administrativos. Los actos administrativos, negocios jurídicos, son declaraciones de la voluntad de la autoridad administrativa con la intención de producir efecto jurídico, se caracterizan, pues, porque el órgano administrativo quiere el acto en sí y el efecto jurídico que de él emana. En los meros actos administrativos la voluntad del órgano se reduce al cumplimiento de determinada actividad

sin ocuparse de los efectos que ella pueda producir, los cuales son únicamente los que el derecho establece. Como ejemplo de estos últimos citaremos unos cuantos: a) la expresión de una opinión para resolver una cuestión jurídica; b) la comprobación de hechos, condiciones, requisitos o relaciones jurídicas; c) la publicación en un diario oficial de un reglamento; d) inscripción en un registro de actos y hechos jurídicos como prueba de los mismos como ocurre, por ejemplo con las actas del estado civil de las personas, las inscripciones en los registros de profesionales como requisito legal para el ejercicio de una profesión; e) la certificación de un acto o un hecho realizado o comprobable por la Administración; la intimación que se hace a una persona para que cumpla una obligación jurídica. (Auto de Enero 20 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sala de Decisión. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía. Actor: Carlos Eduardo Márquez A. Acción de plena jurisdicción contra el certificado expedido por el Superintendente Bancario, Primer Delegado, el 27 de Noviembre de 1969). 273

6. **ACTOS DE AUTORIZACION.**

Su alcance. El acto de Autorización habilita a una persona pública o privada para ejercer una competencia a su entera libertad y responsabilidad, es decir, de suyo no obliga a obrar en determinado sentido, sino que permite hacerlo a voluntad de la persona autorizada. (Sentencia de febrero 18 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo. Actor: Arcadio Muñoz Zúñiga. Acción de Plena Jurisdicción contra un acto de la Junta de Planeación Municipal de Cali). (Ver No. 80 del índice). 493

7. **ACTO ADMINISTRATIVO.**

El acto de aviso o prevención tipifica el acto de trámite que no es definitivo ni demandable ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Nada hay tan contrario a un acto administrativo definitivo, con un acto de aviso, pues por definición éste excluye al primero, que es el llamado a producir la situación jurídica. El acto de aviso o prevención tipifica el acto trámite, sin el cual no se puede producir la decisión ejecutoria, y sin que le quite aquel carácter el hecho de que sea motivado. (Auto de Febrero 3 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Colombian Petroleum Company. Acción de Administración Departamental, las funciones de las diferentes dependencias y 1971, y la Resolución Ejecutiva No. 179 de Junio 23 de 1971 del Presidente y del Ministro de Minas y Petróleos.) 237

8. ADMINISTRACION NACIONAL, DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL SEGUN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1968.

Distribución de competencias entre el Congreso y el Ejecutivo Nacional, las Asambleas y los Gobernadores, los Concejos y los Alcaldes en materias económicas, fiscales y administrativas. Organización y estructuración de la Administración. Determinación y modificación de las estructuras; creación modificación y extinción de los Establecimientos Públicos. La reforma parte de la idea básica de que, en materias económicas, fiscales y administrativas, el Congreso, las Asambleas y los Concejos deben limitarse a señalar las pautas generales, la orientación política, la estructura general de la administración nacional, departamental o municipal, o los establecimientos públicos de los mencionados órdenes. Para lograr este propósito, la reforma del 68 distribuye las competencias entre el legislador y el ejecutivo, en el orden nacional, y entre gobernadores y asambleas, alcaldes y concejos, en los órdenes departamental y municipal, redistribución que está mas acorde con la nueva concepción de esas funciones. Para llegar a esa redistribución más racional, la reforma, unas veces, traslada competencias de la rama legislativa a la ejecutiva y, otras veces, da la iniciativa legislativa al ejecutivo nacional, a los gobernadores o a los alcaldes para hacer más ágil y unitaria la administración. Para limitarnos al ámbito departamental, la reforma dispuso que: "corresponde a las asambleas determinar, a iniciativa del Gobernador, la estructura de la Administración Departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración . . . (Art. 187, No. 5 C.N.). "Crear, a iniciativa del Gobernador, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales conforme a la ley (art. 187 No. 6 C.N.)". Y correlativamente dispuso que "son atribuciones del Gobernador dirigir la acción administrativa en el departamento, nombrando y separando sus agentes..." y "crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales y señalar su funciones y emolumentos, con sujeción al ordinal 5o. del artículo 187" (art. 194, Nos. 2 y 9 C.N.). Esta Sala piensa que la estructuración así entendida no tiene que ser total, que puede ser parcial. En cuanto a la interpretación de ciertas expresiones de la ley, esta Sala considera que la expresión "determinar las estructuras" debe comprender también la modificación o alteración de las mismas y que la expresión "crear establecimientos públicos . . . etc." comprende también la modificación y extinción de los existentes, pues nada se habría hecho exigiendo requisitos para la determinación de las estructuras o la creación de los establecimientos públicos, si esos requisitos no fueran ya necesarios para modificar o alterar en cualquier forma esencial las estructuras y los establecimientos públicos existentes. Coincide, por otra parte, esta interpretación con la que dió la Corte, en fallo del 1o. de octubre de 1969, ponente: Toro Agudelo: "Conforme a la atribución 4o. del art. 197 C.N. corresponde a los Concejos, a iniciativa del

alcalde, crear esos establecimientos públicos y empresas; la facultad de crear comprende obviamente la de suprimir, modificar, fusionar o alterar en cualquier forma la existencia de dichas entidades . . . ". El acto legislativo No. 1 de 1968 entró a regir de una manera inmediata; en ninguna parte de él se dice que las reformas sobre redistribución de competencias estén supeditadas a la expedición por parte del Congreso o de las Asambleas de leyes u ordenanzas cuadro, las cuales, en concepto de esta Sala, son las que existían en el momento de entrar en vigencia la reforma y mientras no sean derogadas o reemplazadas con otras. De acuerdo con el artículo 194 numerales 2 y 9 corresponde al Gobernador los nombramientos en los organismos departamentales. En cambio, los nombramientos en los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales departamentales corresponden a las respectivas juntas, según lo establezcan los estatutos de cada una de estas entidades. (sentencia de Marzo 6 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Actor: Diego Calle Restrepo, Gobernador de Antioquia. Acción de nulidad contra la Ordenanza No. 2 de noviembre 10 de 1970; de la Asamblea de Antioquia. 453

ADMISION DE LA DEMANDA.

Aplazamiento de la admisión de la demanda y rechazo de la misma. Formalidades que se refieren a la esencia misma del derecho de acción y formalidades accidentales. Las informalidades que no suspenden el término de caducidad son las que afectan la esencia de la demanda y no las accidentales. Cualquiera que sea la acepción que se dé a la palabra "formalidades" me parece distinguir que unas se refieren a la esencia misma del derecho de acción y otras que podrían llamarse accidentales no son aptas para inhibir el ejercicio de tal derecho y siempre son remediables. Las primeras, esenciales o sustanciales, se refieren principalmente a la competencia del juez o a la indebida acumulación de acciones que es indebida porque no pueden tramitarse dentro de un mismo proceso aunque para conocer de ellas el juez a quien se dirijan sea competente en todas. Las formalidades accidentales pueden ser muchas, como la falta de claridad de lo que se pide o la insuficiente mención de las normas que se reputan violadas o la oscuridad en el concepto de la violación o también la ausencia de algunos documentos como el recibo de pago o el comprobante de depósito o la copia del acto acusado. Afirmo que estos anexos son parte accidental de la demanda porque la existencia de los hechos que han de probarse con tales documentos es indispensable para que el proceso se adelante y culmine en la sentencia, pero es posible probar tal existencia *después de presentada la demanda*, durante el período probatorio o cuando se dicta auto para mejor proveer. Para que pueda ejercerse el derecho de acción ante los tribunales administrativos es indispensable que el acto

acusado exista, se haya expedido en forma regular y se haya publicado o notificado o ejecutado. Su preexistencia no depende de la prueba; el acto existirá por sí mismo y su sola realidad genera el derecho de acción. Es cierto que no puede acudirse al juez administrativo sino después de agotada la vía gubernativa y que por tanto cuando se presenta la demanda debe probarse esta circunstancia y aunque bien podría adelantarse el proceso y probarse dentro de él, la ley ha decidido que es requisito, al menos accidental, la prueba simultánea con la demanda. Pero como la ausencia del documento no afecta el derecho de acción ni por sí sola "demuestra" la inexistencia del acto, es por lo que la doctrina, antes de adoptarse el nuevo código de procedimiento civil, *y ahora la ley,* han permitido *distinguir entre el aplazamiento de la admisión de la demanda y el rechazo de la misma.* A pesar del principio según el cual en el proceso civil las partes tienen poderes iguales y el juez debe vigilar esta igualdad, y en presencia de textos no menos claros que el artículo 87 del código administrativo, como son los artículos 205 y 737 del subrogado código judicial, la Corte construyó jurisprudencialmente la doctrina, precisamente para evitar la injusticia que se deriva de la caducidad de la acción por defectos simplemente accidentales. Si el artículo 87 del código administrativo prescribe que en el auto en que se niega la admisión deben expresarse los defectos que tenga la demanda y ordenarse su devolución para *que el interesado los corrija,* hay que entender que se refiere a los defectos o informalidades que he llamado accidentales *porque los esenciales no son corregibles,* como en el caso de incompetencia o de indebida acumulación. Lo que en ese artículo falta es el término dentro del cual debe hacerse la corrección, vacío que antes podía suplirse con la facultad que tiene el juez para señalar términos cuando no los señala la ley y que hoy es inequívoco porque el actual código de procedimiento civil fija ese plazo en el inciso 2o. del numeral 5o. del artículo 85 en donde se lee: "En estos casos el juez señalará los defectos de que adolezca para que el demandante los subsane en el término de cinco días *y si así no lo hiciere la rechazará".* Podría pensarse que no obstante los razonamientos expuestos, el texto del inciso 1o. del artículo 87 del código administrativo es perentorio cuando determina que los términos de caducidad no se interrumpen en el caso de que no se dé curso a la demanda, pero este precepto debe interpretarse según todas las reflexiones expuestas anteriormente y también las transcritas de otros autores, en el sentido de que las informalidades que no suspenden el término de caducidad son las que afectan la esencia de la demanda *y no las accidentales.* Si las diferencias entre el aplazamiento de la admisión y el rechazo de la demanda han sido plenamente consagradas en el proceso civil, primero por la vía jurisprudencial y luego por la legal, esta institución puede trasladarse, sin rubor, al proceso administrativo teniendo en cuenta que en el primero ha de respetarse la igualdad y lealtad entre las partes y que en el segundo "Las partes" son, por definición, desiguales. Así se reconoció expresamente en el fallo de 19 de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968) radicado con el número 950. En aquella

sentencia *acogida por unanimidad por esta misma sección cuarta,* ya se insinuaba la fundamental diferencia entre el aplazamiento de la admisión y el rechazo de la demanda y se mostraba cómo son varias las oportunidades que existen para aportar la prueba de los hechos en que se funda la acción. (Salvamento de voto del Consejero Dr. Miguel Lleras Pizarro al auto de Enero 26 de 1972, en que fué ponente el Consejero Dr. Gustavo Salazar T. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: Larsen Gavassa Y Cía. Ltda. Acción de revisión de impuestos.) (Ver No. 39 del índice). 601

10. ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES.

Alcance de su Facultad constitucional de organizar las Contralorías Departamentales. Facultad para crear los cargos de Auditor General y demás en estas dependencias y para reservarse el nombramiento de tales funcionarios, sin que ésto se oponga al nombramiento de Contralor. Como lo dijo esta Sala en el auto de 7 de septiembre de 1970, la Constitución le atribuye a las Asambleas Departamentales la función de organizar la Contraloría del Departamento en forma amplia, dado que no le impone limitaciones al ejercicio de tal atribución como si ocurre en tratándose de otras competencias cuando señala que deberán ejercerse "bajo las normas que establezca la ley", "llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley", "conforme a las normas que determine la ley", etc., (Art. 187 C. Nacional) lo cual relieva la autonomía de que gozan las asambleas en esta materia. En ejercicio de esta facultad, resulta conforme con la Carta la creación del cargo de Auditor General de la Contraloría Departamental hecha por la Asamblea como quiera que la creación de cargos en tal dependencia es desarrollo de la atribución de organizarla que le asigna la Constitución. El artículo 187 de la Constitución, no significa que el único nombramiento que puedan hacer las Asambleas sea el de Contralor Departamental. Ya la ley 84 de 1915 por medio de la cual se reformó el C. de R. P. y M., estableció en su artículo 5o. lo siguiente: "Las asambleas de los departamentos pueden reservarse el nombramiento de los empleados departamentales creados por ordenanzas y que no tengan el carácter de agentes del gobernador, excepto los tesoreros generales del departamento, los recaudadores, gerentes o administradores generales de las rentas, que siempre serán nombrados por el gobernador del departamento". Por otra parte, en relación con la facultad que establece el actual artículo 187 de la constitución que reprodujo lo que en esta materia señalaba el mismo artículo de la Carta anterior a la reforma de 1968 (artículo 83 del A.L. número 1 de 1945), de la ley 47 de 1945 en su artículo 8o. estableció: "Los Contralores y auditores departamentales no podrán nombrar para ningún cargo, en las oficinas bajo su dirección, a los *diputados que hubieren intervenido en su elección,* ni a los parientes de los mismos diputados dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. Es nulo todo nombramiento que se haga en

contravención de esta disposición". De acuerdo con el texto transcrito se tiene que el legislador sí tiene previsto el nombramiento de Auditores departamentales por las Asambleas, previsión acorde con la facultad de organizar la Contraloría y que no se opone al nombramiento de Contralor que el varias veces citado artículo 187 de la Carta radica en cabeza de las mismas asambleas. Es claro que la Asamblea en ningún caso podrá reservarse la elección de funcionarios cuyo nombramiento está asignado a otras autoridades, como ocurre con los agentes del Gobernador (Artículo 194, ordinal 2o. C.Nal.) los secretarios y subalternos de la Gobernación (artículo 127, ordinal 26, C. de R. P. y M.) y los propios funcionarios subalternos del contralor y de los auditores departamentales según términos del citado artículo 8o. de la ley 47 de 1945. (Sentencia de Marzo 14 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández. Actor: Vinicio Bolaño Mercado. Acción de nulidad contra el artículo décimo primero de la Ordenanza No. 19 de 1968 de la Asamblea Departamental de Córdoba). 464

11. ASIGNACIONES QUE PROVENGAN DEL TESORO PUBLICO.

Prohibición de recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público. Excepciones a esta prohibición. Compatibilidad entre la pensión de jubilación, la asignación de retiro, las pensiones militares y los sueldos públicos. Opción del interesado para escoger lo más favorable. Es norma constitucional, art. 58 de la Carta, la que prohibe "recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público –agrega el mismo precepto, el de la Nación, los Departamentos y los Municipios"–. La disposición transcrita corresponde al art. 23 del Acto Legislativo No. 1 de 1936, reformatorio del art. 64 de la Constitución de 1886. La enmienda constitucional de 1936, tuvo como finalidad ampliar y precisar al alcance de la prohibición al sustituír el concepto de "sueldo" por el más extenso de "asignación", incluír en las asignaciones las provenientes de las empresas e instituciones en que tenga parte principal el Estado, y al definir el Tesoro Público como el de la Nación, los Departamentos y los Municipios. Al revisar las leyes que establecen las excepciones a la prohibición constitucional del art. 64, es posible ordenar éstas en dos grupos básicos: a) Las que permiten la acumulación de empleos y de su correspondiente remuneración. Obedecen al propósito, de resolver dificultades de orden fiscal y de personal administrativo en los pequeños municipios (Ley 4a. de 1913, art. 397, Decreto 1713 de 1960, art. 13), al de facilitar la actividad docente de los funcionarios administrativos y del orden judicial, que ha sido vieja preocupación del legislador (Ley 89 de

1892, sobre instrucción pública, art. 15, y leyes 100 de 1892 art. 2o. 105 de 1931, art. 2o. y decreto –ley 250 de 1970, sobre organización judicial), o al de aprovechar en diferentes dependencias administrativas por tiempo parcial, los servicios de profesionales con título universitario (Decreto Ley 1713 de 1960, art. 1o.) b) Las que hacen compatible el disfrute de la pensión con el pensiones distintas (o prestaciones de similar naturaleza). (Concepto de febrero 25 de 1972. Sala de Consulta y Servicio Civil Consejero Ponente Dr. Alber to Hernández Mora. Consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Publicación autorizada con oficio No. 4412 de marzo 1 de 1972 por el Ministro del Trabajo y Seguridad Social). 9

B

12. BIENES RAICES.

Ganancias ocasionadas con su venta. La ley 81 de 1960 reorgánica del impuesto sobre la renta implantó en Colombia el sistema sueco para gravar las ganancias ocasionales provenientes de la venta de bienes raíces, sistema que funciona así: Al precio de enajenación se le resta el de adquisición más el valor de las construcciones y mejoras que se acrediten con pruebas satisfactorias y el monto de los impuestos relativos al inmueble en un diez por ciento por cada año transcurrido entre la fecha de adquisición del bien y la de su enajenación y se obtiene así la renta líquida gravable en el año fiscal correspondiente a la enajenación. Por lo mismo, no habrá renta gravable para quienes enajenan propiedades que hayan permanecido en su poder diez años o más, seguramente porque el legislador presume que el bien se adquirió sin ánimo de especulación como porque estima que nuestra moneda se deprecia en la misma proporción y al término de ese período el valor que recibe el vendedor es sensiblemente igual al que pagó, lo que quiere decir que no obtuvo ganancia. Para facilitar el tránsito del antiguo al nuevo sistema se prescribe además que en la enajenación de bienes adquiridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1960 se debe tomar como costo el avalúo catastral vigente en esa fecha o la estimación jurada de su valor hecha en las oficinas de catastro para lo cual se dió plazo hasta el 31 de agosto de 1961. Del sistema indicado el legislador excluyó la enajenación, de bienes que formen parte de negocios de urbanización o parcelación, porque en tales casos ya no se trata de ventas que sobrevienen accidentalmente sino como fruto de operaciones habituales de tipo mercantil, las que quedan sometidas al régimen impositivo común. Pero es claro que por negocio de urbanización o parcelación se entiende aquel sometido a las disposiciones legislativas y

reglamentarias que rigen tal acitividad de comercio, que por lo que hace a las tierras rurales debe estar precedida de un estudio sobre la composición de los suelos, naturaleza de los cultivos aconsejables en la región, suministro y distribución de aguas, accesibilidad a las vías de comunicación y a los centros de mercado y demás que señala la ley 20 de 1959. Para los casos en que un contribuyente haya poseído un bien raíz como activo inmovilizado y resuelva cambiarlo de destinación colocándolo dentro de un negocio de urbanización o parcelación, esto es, convirtiéndolo en activo movible, el artículo 77 del decreto 437 de 1961 preceptúa reglas sobre la manera de determinar la renta bruta respecto de los solares vendidos y la que obtenga el dueño por el cambio de destinación. Bien claro resulta de esta norma que por negocio de parcelación o urbanización debe entenderse aquel en que se realicen inversiones y gastos para convertir el bien raíz de inmovilizado en movible, concepto que define el artículo 47, numeral 15 de la ley 81 de 1960. Por lo mismo, el solo hecho de vender una hacienda por partes para facilitar su enajenación, de ninguna manera esa sola operación convierte el bien raíz de activo inmovilizado en movible y mucho menos muda a su dueño de hombre de campo en comerciante de un negocio de urbanización o parcelación. (Sentencia de Abril 27 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar T. Actor: Carlos Rivadeneira González. Acción de revisión de impuestos)..... 616

C

13. CADUCIDAD Y PRESCRIPCION.

Noción y diferencias. De conformidad con el artículo 83 del C. C. A. la acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción. Fija esta norma un término perentorio para accionar o recurrir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra actos que lesionan derechos de particulares. Este término es lo que los tratadistas denominan "Caducidad", que es diferente, desde luego, a la prescripción. Hay por lo mismo una impropiedad en la norma al hablar de prescripción y no de caducidad. Los plazos preestablecidos en forma objetiva, es decir, sin consideración a situaciones personales del interesado, es lo que se llama caducidad. Si el actor los deja transcurrir sin presentar la demanda, el derecho a la acción caduca, se extingue inexorablemente, sin que pueda alegar para revivirlos excusa alguna, ya que no son susceptibles de interrumpirse, al contrario de lo que ocurre con

la prescripción extintiva de derechos. El derecho puramente potestativo a la acción o al recurso comienza con el plazo prefijado y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo improrrogable. Quien se crea con derecho a accionar contra el acto administrativo que le ha creado una situación jurídica subjetiva debe hacerlo antes para no correr el riesgo de que se le extinga el plazo concedido. Esta Sala en distintas oportunidades ha aceptado que en acciones de reintegro al servicio se aplica el mencionado artículo 83 del C. C. A. y no el artículo 41 del decreto 3135 de 1968 y menos el artículo 151 del C. Procesal del Trabajo. (Auto de febrero 29 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez. Actor: Ricardo Silva Córdoba. Acción de Plena jurisdicción contra una Resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público)..... 239

14. CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR.

Forma, naturaleza y prerrogativas de la inscripción en la carrera de funcionarios con categoría diplomática. El Decreto 2016 de 1968, dictado en virtud de las facultades otorgadas al Presidente de la República por la Ley 62 de 1967, en sus artículos 102 y siguientes, previó la forma como los funcionarios con categoría diplomática que en la fecha de la vigencia del mismo estuvieren prestando sus servicios en el Ministerio de Relaciones Exteriores, que no estuvieren escalafonados en la Carrera Diplomática y Consular, pudieran ser inscritos en ella. Y el artículo 107 ibidem, obligó a los interesados en la inscripción a presentar la solicitud dentro del plazo de un año, contado a partir de la vigencia del Estatuto. Si no lo hicieren así quedarían excluídos de la carrera. Ahora bien: La Sala piensa que la inscripción en la carrera no constituye una facultad discrecional de la administración, pues si así fuera sobrarían los concursos. En tal forma que una persona que cumpla o llene los requisitos para ser inscrito en la misma, necesariamente debe inscribírsele. Aquí la administración está sometida a pautas o reglas precisas de las cuales no puede librarse a su voluntad. Es que precisamente al establecerse un escalafón ello se hace para que las personas vinculadas al servicio público puedan gozar de las prerrogativas que implica pertenecer a él. Dentro de estas prerrogativas está obviamente, la permanencia en el servicio público. Al estatuír el artículo 107 que los funcionarios con categoría diplomática que quisieren inscribirse en la carrera deberían hacer su solicitud dentro del año siguiente a la vigencia del decreto, y que si así no lo hicieren se considerarán excluídos de la misma, está dando a entender que quienes hicieren la solicitud y llenaren los requisitos, tendrán derecho a ser inscritos y por lo mismo a gozar de las prerrogativas que ello conlleva. (Sentencia de junio 28 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez. Actor:

Rafael Rodríguez Segura. Acción de plena jurisdicción contra el decreto 121 de enero 28 de 1971, dictado por el Gobierno Nacional). . . . . .

15. COADYUVANCIA EN LOS JUICIOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

Cualquier persona puede intervenir para impugnar o coadyuvar la demanda, de conformidad con el artículo 89 C.C.A. Pero, quien accede al juicio después de empezado, sólo puede apoyar la causa del actor delimitada por la demanda u oponerse a las peticiones contenidas en ella, sin que le sea dable a ningún tercero interviniente ampliar o restringir la materia controvertida, los móviles o las consecuencias del proceso. La persona que ejerce el derecho de acción concreta en la demanda al alcance de sus aspiraciones, que usualmente buscan la anulación de un acto u operación administrativa por reputarlos el actor como contrarios a normas de rango jurídico, más alto y que, en ocasiones también, intentan obtener como consecuencia de la anulación el resarcimiento de perjuicios ocasionados por la Administración, el reconocimiento o restablecimiento de derechos particulares cuyo quebranto se le atribuya a los actos impugnados. De todos modos las pretensiones expresadas en el libelo constituyen la materia misma del proceso que comienza con el auto admisorio de él. Dichas pretensiones no pueden ser variadas por persona distinta del propio demandante, y ello apenas en la hipótesis particular de corrección de la demanda, que no permite tampoco sustituír radicalmente el primitivo libelo. Lo anterior no significa sinembargo que esté vedada la intervención de terceros en los procesos contencioso administrativos. Al contrario, el artículo 89 permite que cualquier persona comparezca a los juicios de nulidad sea para coadyuvar o para impugnar la demanda y que en aquellos donde se busquen otras finalidades pueda intervenir quien demuestre tener interés en la suerte del proceso. Pero de todos modos quien acude al juicio después de empezado por iniciativa de persona distinta sólo puede apoyar la causa del actor delimitada por la demanda u oponerse a las peticiones contenidas en ella, sin que le sea dable a ningún tercero interviniente ampliar o restringir la materia controvertida, los móviles o las consecuencias del proceso. El tercero es un recién llegado al juicio que es recibido como adherente accidental, sea para actuar en pro o en contra de las tesis del demandante, pero sin derecho a que por su causa se retrotraigan los trámites ya cumplidos, pues ingresa al proceso tal cual esté al hacerlo, ya en lo que atañe a los alcances que le haya fijado el titular del derecho de acción, o demandante, o ya en lo que respecta a las actuaciones consumadas o a las etapas precluídas. (Sentencia de Mayo 9 de 1972. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Elí Galarza Jiménez. Juicio electoral). (Ver Nos. 68, 77 y 86 del índice). 5

16. COMPETENCIA DESLEAL

Algunos actos que se presumen como tales. De conformidad con el numeral 2o. del Art. 11 de la ley 155 de 1959 se presumen como actos de competencia desleal entre otros, "los medios o sistemas encaminados a desacreditar a un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios". (Sentencia de junio 16 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo. Actor: Fábrica de Tejidos de Punto Sport Juan Pablo Lozano R. e Hijos Ltda". Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 451 de octubre de 2 de 1967, expedida por la Superintendencia de Regulación Económica, 0474 de febrero 10 y 1519 de abril 7 de 1971, de la Superintendencia de Sociedades). (Ver No. 100 del índice) 409

17. CONCEJOS MUNICIPALES.

Pruebas de los nombramientos que realicen. Los requisitos que establece el Artículo 2o. del Decreto 49 de 1932, se refieren a los nombramientos en propiedad y en interinidad. Respecto de los nombramientos verificados por los Concejos Municipales, su prueba normal sería el Acta de la sesión celebrada en esa fecha, pero dicho documento no es la condición de su validez ni su prueba única. Sostener que la única prueba factible de nombramientos similares es solamente el Acta aprobada, sería muchas veces exigir lo imposible; y las Corporaciones Municipales podrían dilatar indefinidamente la aprobación de ellas, a objeto de no constituír la prueba que los litigantes necesitan, evitando así el control jurisdiccional de sus actos administrativos. Establece el artículo 2o. del Decreto 49 de 1932: "Los Concejos Municipales no podrán proceder a la elección de los empleados cuyo nombramiento les corresponde, sino después de haber señalado día y hora para ello, con tres días completos de anticipación por lo menos y en virtud de proposición aprobada por la misma Corporación".– Pero la Sala no está de acuerdo con el concepto de que ese requisito sólo dice relación a los nombramientos en propiedad, mas no a aquellos que se hagan en interinidad, puesto que la norma legal anteriormente transcrita, se refiere a toda clase de nombramientos, sin distinción alguna. (Sentencia de Mayo 10 de 1972. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Octavio Aristizábal Correa y Otro. Acción electoral contra la elección en interinidad, de Personero, Tesorero y Contralor del Municipio de Medellín y de Auditor de las Empresas Públicas de esa ciudad, hecha por el Concejo Municipal en la sesión celebrada el día 27 de enero de 1971). 577

18. CONCEJOS MUNICIPALES Y ALCALDES.

Delegación de facultades antes y después del Acto Legislativo número 1 de 1968. El artículo 197 de la Constitución vigente con anterioridad a la expedición del acto reformatorio número 1 de 1968 nada establecía con la delegación que los Cabildos pudieran hacer de las funciones que les señala la Carta o la ley, pero al establecer que sus atribuciones se ejercerán "conforme a la ley" y dada la facultad que estableció el ordinal 7o. del artículo 7o. de la Ley 72 de mil novecientos veintiseis, que autoriza delegar en los Alcaldes las facultades que son necesarias para el buen servicio de la administración municipal, se concluye, que, en principio las funciones de carácter eminentemente administrativo propias de los Concejos eran delegables en los Alcaldes. Este régimen varió, ciertamente, a raíz de la reforma constitucional de 1968 en cuanto el constituyente de ese año, estableció que la delegación o autorización debe hacerse pro tempore y respecto a funciones precisas, (artículo 197, ordinal 7o. de la actual codificación), trasladando así al ámbito municipal la facultad que la Carta le asigna al Congreso en relación con el Presidente de la República. (Artículo 76, ordinal 12). Mas esta modificación no hace nulas las delegaciones hechas por los Concejos con arreglo al sistema anterior, y sus consecuencias jurídicas son bien distintas, como antes quedó apuntado. (Auto de Marzo 13 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández. Actor: Ignacio Mejía Velásquez. Acción de nulidad contra el Acuerdo No. 12 de 1968 del Concejo Municipal de Medellín, y contra el Decreto No. 258 del 8 de junio de 1970 del Alcalde de Medellín). 483

19. CONCESION DE PETROLEOS.

Su naturaleza jurídica. La concesión de petróleos, como todo "contrato de concesión", es apenas parcialmente contractual. En la concesión de petróleos el concesionario obtiene por el contrato el derecho a explorar y explotar los yacimientos que puedan encontrarse en determinadas áreas del subsuelo, mediante el pago a la Nación de ciertas sumas por concepto de arrendamiento y de regalías, y por un término señalado en el convenio; pero los derechos del contratante están sometidos a las disposiciones legales y reglamentarias que organizan y regulan la explotación del petróleo en el territorio nacional y su aprovechamiento, y, además, a las disposiciones legales que afectan al concesionario ya no como contratante sino como ciudadano. El contrato no crea la institución jurídica de la concesión de petróleos, que es un medio de gestión administrativa para la prestación de servicios de interés público con el aprovechamiento de riquezas mineras de propiedad nacional, establecido y reglamentado por la ley en forma general e impersonal. Estas son situaciones objetivas anteriores al contrato, aplicables a toda persona que adquiere la

calidad de concesionario, encaminadas directamente a la prestación del servicio en general, que el legislador puede modificar en todo momento, en ejercicio de competencia constitucional permanente e inalienable. (Concepto de marzo 11 de 1972. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Alberto Hernández Mora. Con Salvamento de Voto de los Consejeros: Drs. Alejandro Domínguez Molina y Luis Carlos Sáchica. Consulta formulada por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Petróleos. Publicación autorizada con oficio No. 843 de abril 13 de 1972 del Ministro de Hacienda y Crédito Público). (Ver Nos., 23, 24, 25, 26, 27, 28, 33, 34 y 82 del índice). .....

20. COSA JUZGADA.

La procedencia de la excepción perentoria de cosa juzgada: Según el Art. 109 del C.C.A., en los juicios contencioso-administrativos sólo son procedentes "las excepciones que se oponen a lo sustancial de la acción", que pueden alegarse por las partes en cualquiera de las etapas e instancias del juicio, desde la fijación en lista hasta la citación para sentencia y aún declararse oficiosamente si se encuentran "justificados los hechos u omisiones que las constituyen" (Arts. 109 a 111). La excepción perentoria de cosa juzgada requiere, en las acciones de nulidad, que exista identidad de objeto y de causa con otro juicio anteriormente decidido en el fondo mediante sentencia ejecutoriada (Art. 282 del C.C.A. y 332 del C. de P. C). Por objeto del litigio se entiende la pretensión y por causa la razón de pedir (A. Schöncke, Derecho Procesal Civil, Págs. 266 y 268, E. J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Págs. 432 y 435), determinada por las normas invocadas y los conceptos de violación que constituyen requisitos indispensables de la demanda (Art. 84, Ord. 4o. del C.C.A.), en cuanto circunscriben el poder del juzgador en consideración de la índole diversa del Derecho Administrativo, que no permite el examen absoluto, sino sólo conforme a los cargos formulados, del acto acusado, a diferencia del Art. 2o. de la Ley 96 de 1936 que prescribe a la Corte el deber de examinar la constitucionalidad del acto que revisa o de la acción que conoce en todos sus extremos, aún respecto de normas constitucionales no invocadas o de motivos diferentes a los aducidos en la demanda. Por consiguiente la excepción perentoria de cosa juzgada procede sobre actos que, aunque distintos en su denominación, sean idénticos en su contenido, si se trata de la misma materia y de acciones fundadas en los mismos objeto y causa, como así también se deduce del Art. 99 del C.C.A., que proyecta lo decidido sobre la ilegalidad de un acto al que lo reproduce esencialmente y, en sentido contrario, la declaración de su legalidad al que reitera su contenido, con los mismos fundamentos legales. (Sentencia de Junio 5 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora

Osejo. Actor: Carlos Vélez Gallego. Acción de nulidad del Artículo 26, inciso 2o., del Decreto Reglamentario No. 719 de 1968). (Ver No. 21 del índice). . . 203

21. COSA JUZGADA Y COADYUVANCIA.

La parte coadyuvante, en las acciones de nulidad, aunque puede obrar autónomamente para favorecer a la parte coadyuvada, queda ligada por la demanda, que no puede modificar o adicionar, como al invocar la infracción de nuevas normas. En consecuencia, la procedencia de la excepción perentoria de cosa juzgada solo puede examinarse con base en los fundamentos de hecho y derecho de la acción, expuestos en la demanda. (Ver No. 20 del índice). . . . 203

22. CONSEJO DE ESTADO.

Competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de nulidad contra el Art. 30 del Decreto No. 432 de 1969. El Art. transitorio No. 76 del Acto Legislativo No. 1 de 1968 facultó al Gobierno, en su literal c), "para tomar las medidas administrativas necesarias al establecimiento de los servicios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y para dictar, mientras la ley no lo haga, las normas relativas a su funcionamiento y las procedimentales para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo". Con base en tales atribuciones. el Gobierno dictó el Decreto No. 432 del 26 de marzo de 1969, según reza su epígrafe, " por el cual se dictan normas relativas al funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y procedimentales para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo", cuyo Art. 30 dispuso: "Cuando al proceder el fallo de constitucionalidad de una ley, o decreto, encontrare la Corte que la norma revisada o acusada perdió ya su vigencia, la decisión será inhibitoria, por sustracción de materia". Se trata, en consecuencia, de facultad o atribución que en principio corresponde al Congreso, (Arts. 147 y 151, Ord. 4o. de la Constitución y 76 del Acto Legislativo No. 1o. de 1968), pero adscrita constitucional y transitoriamente al Gobierno, "mientras la ley no lo haga", con la finalidad indicada. El Decreto No. 432 del 26 de marzo de 1969, dictado con base en ella, aunque materialmente se asimila a la ley, hasta el punto de reemplazarla mientras se dicta, orgánicamente considerado, en cuanto dictado por el Gobierno, es un reglamento constitucional transitorio, como los demás de su índole o naturaleza, de cuya acusación de inconstitucionalidad es competente para conocer el Consejo de Estado, de conformidad con el Art. 216 de la Constitución, no la Corte Suprema de Justicia que solo conoce, como ha sostenido reiteradamente, en guarda de la integridad de la Constitución, de los casos taxativamente señalados en los Arts. 214, 121 y 122 *ibídem*, entre los cuales no se cuenta el Decreto de que

se trata. (Sentencia de Junio 8 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente· Dr. Humberto Mora Osejo. Actores: Herman Gans Abello y otro. Acción de nulidad del Art. 30 del Decreto No. 432 de marzo 26 de 1969 del Gobierno Nacional). (Ver Nos. 38 y 43 del índice). 217

23. CONTRATO ADMINISTRATIVO

El equilibrio financiero del contrato. La facultad del poder público para modificar unilateralmente las situaciones legales o reglamentarias no significa que en el contrato administrativo el particular esté a merced de la administración y el interés privado no encuentre amparo legal suficiente. Por el contrario, si el régimen jurídico del contrato administrativo impone la prevalencia del interés público sobre el privado, lo hace sin menoscabo de la protección que éste requiere. Ciertamente el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que busca satisfacer el interés general, pero si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses patrimoniales de particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado, dentro del marco de disposiciones legales y principios jurídicos que establecen en el derecho colombiano la oportunidad, razón y cuantía de estas reparaciones. La teoría jurídica moderna define con toda claridad la responsabilidad de la administración pública y en materia contractual la ha enriquecido con nuevas concepciones que buscan justa y razonable armonía entre el interés público que personifica la administración y el interés de los particulares que prestan directa e indirectamente su colaboración para el funcionamiento de los servicios públicos o asumen su prestación. El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia en favor de la administración de prerrogativas exorbitantes del derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del contratante al respecto del equilibrio financiero considerado en el contrato. Es en este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato. (Ver Nos. 19, 24, 25, 26, 26, 27, 28, 33, 34 y 82 del índice) 25

24. CONTRATO ADMINISTRATIVO.

La teoría del contrato administrativo y sus diferencias con el contrato de derecho privado. En el derecho colombiano contemporáneo, la administración al contratar, lo hace por procedimientos propios del derecho público, o sea mediante contratos administrativos, o apelando a las formas y procedimientos del derecho privado. La ley distingue expresamente las dos modalidades contractuales (Dt. 528/64 Arts. 30, 32; Dto. 3130 de 1968, Art. 35 y concordantes), y, además, tribunales diferentes conocen de las

Osejo. Actor: Carlos Vélez Gallego. Acción de nulidad del Artículo 26, inciso 2o., del Decreto Reglamentario No. 719 de 1968). (Ver No. 21 del índice). . . 203

21. COSA JUZGADA Y COADYUVANCIA.

La parte coadyuvante, en las acciones de nulidad, aunque puede obrar autónomamente para favorecer a la parte coadyuvada, queda ligada por la demanda, que no puede modificar o adicionar, como al invocar la infracción de nuevas normas. En consecuencia, la procedencia de la excepción perentoria de cosa juzgada solo puede examinarse con base en los fundamentos de hecho y derecho de la acción, expuestos en la demanda. (Ver No. 20 del índice). . . . 203

22. CONSEJO DE ESTADO.

Competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de nulidad contra el Art. 30 del Decreto No. 432 de 1969. El Art. transitorio No. 76 del Acto Legislativo No. 1 de 1968 facultó al Gobierno, en su literal c), "para tomar las medidas administrativas necesarias al establecimiento de los servicios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y para dictar, mientras la ley no lo haga, las normas relativas a su funcionamiento y las procedimentales para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo". Con base en tales atribuciones. el Gobierno dictó el Decreto No. 432 del 26 de marzo de 1969, según reza su epígrafe, " por el cual se dictan normas relativas al funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y procedimentales para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo", cuyo Art. 30 dispuso: "Cuando al proceder el fallo de constitucionalidad de una ley, o decreto, encontrare la Corte que la norma revisada o acusada perdió ya su vigencia, la decisión será inhibitoria, por sustracción de materia". Se trata, en consecuencia, de facultad o atribución que en principio corresponde al Congreso, (Arts. 147 y 151, Ord. 4o. de la Constitución y 76 del Acto Legislativo No. 1o. de 1968), pero adscrita constitucional y transitoriamente al Gobierno, "mientras la ley no lo haga", con la finalidad indicada. El Decreto No. 432 del 26 de marzo de 1969, dictado con base en ella, aunque materialmente se asimila a la ley, hasta el punto de reemplazarla mientras se dicta, orgánicamente considerado, en cuanto dictado por el Gobierno, es un reglamento constitucional transitorio, como los demás de su índole o naturaleza, de cuya acusación de inconstitucionalidad es competente para conocer el Consejo de Estado, de conformidad con el Art. 216 de la Constitución, no la Corte Suprema de Justicia que solo conoce, como ha sostenido reiteradamente, en guarda de la integridad de la Constitución, de los casos taxativamente señalados en los Arts. 214, 121 y 122 *ibidem*, entre los cuales no se cuenta el Decreto de que

se trata. (Sentencia de Junio 8 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo. Actores: Herman Gans Abello y otro. Acción de nulidad del Art. 30 del Decreto No. 432 de marzo 26 de 1969 del Gobierno Nacional). (Ver Nos. 38 y 43 del índice). 217

23. CONTRATO ADMINISTRATIVO

El equilibrio financiero del contrato. La facultad del poder público para modificar unilateralmente las situaciones legales o reglamentarias no significa que en el contrato administrativo el particular esté a merced de la administración y el interés privado no encuentre amparo legal suficiente. Por el contrario, si el régimen jurídico del contrato administrativo impone la prevalencia del interés público sobre el privado, lo hace sin menoscabo de la protección que éste requiere. Ciertamente el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que busca satisfacer el interés general, pero si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses patrimoniales de particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado, dentro del marco de disposiciones legales y principios jurídicos que establecen en el derecho colombiano la oportunidad, razón y cuantía de estas reparaciones. La teoría jurídica moderna define con toda claridad la responsabilidad de la administración pública y en materia contractual la ha enriquecido con nuevas concepciones que buscan justa y razonable armonía entre el interés público que personifica la administración y el interés de los particulares que prestan directa e indirectamente su colaboración para el funcionamiento de los servicios públicos o asumen su prestación. El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia en favor de la administración de prerrogativas exorbitantes del derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del contratante al respecto del equilibrio financiero considerado en el contrato. Es en este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato. (Ver Nos. 19, 24, 25, 26, 26, 27, 28, 33, 34 y 82 del índice) 25

24. CONTRATO ADMINISTRATIVO.

La teoría del contrato administrativo y sus diferencias con el contrato de derecho privado. En el derecho colombiano contemporáneo, la administración al contratar, lo hace por procedimientos propios del derecho público, o sea mediante contratos administrativos, o apelando a las formas y procedimientos del derecho privado. La ley distingue expresamente las dos modalidades contractuales (Dt. 528/64 Arts. 30, 32; Dto. 3130 de 1968, Art. 35 y concordantes), y, además, tribunales diferentes conocen de las

controversias que se originan en uno u otro caso. En la reforma constitucional de 1945 se eliminó la competencia que la propia Carta daba a la Corte Suprema de Justicia, como supremo tribunal civil, para conocer de los contratos celebrados por la Nación y de las controversias que originaran, competencia que desde 1964, la ley atribuyó al Consejo de Estado. Al pasar el conocimiento de las controversias relativas a *contratos administrativos* a los tribunales de lo Contencioso Administrativo, cuyo ámbito jurídico es fundamentalmente el del derecho público, en el que debe encontrar los principios y normas constitucionales y legales que gobiernan, determinan y encausan la actividad de la administración, resulta impostergable desarrollar en el derecho colombiano la teoría propia del contrato administrativo, más aún si se tiene en cuenta la evolución legislativa y la práctica contractual, la primera consangrando y la segunda reservando prerrogativas y privilegios para la administración, las conocidas como cláusulas exorbitantes del derecho común, caducidad, multas, sometimiento a apropiaciones presupuestales, modificación a terminación unilateral del contrato, que estructuran el convenio administrativo con base en la desigualdad esencial de las partes, ya que una la administración, representa el interés general, el servicio público, y la otra, un mero interés privado, el del contratante. (Ver Nos. 19, 23, 25, 26, 27, 28, 34 y 82 del índice) 25

25. CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Las leyes de carácter general y el Contrato. Si el poder público puede en todo momento modificar las cláusulas de la concesión que reglamentan directamente la organización y funcionamiento del servicio, con mayor razón puede modificar aquellas leyes que ya no guardan relación directa con el contrato, sino que regulan situaciones distintas del concesionario, como la de contribuyente al tesoro público por concepto de impuesto sobre la renta y patrimonio. Tanto en el caso de las cláusulas propiamente reglamentarias de la concesión como en el de las leyes que rodean el contrato y determinan su ambiente jurídico, el concesionario no tiene derechos subjetivos emanados del contrato sobre situaciones jurídicas generales creadas por la ley existente al momento de contratar, y aunque se alegaron siguiendo un extremo y excluyente razonamiento civilista, de todas maneras se estaría frente a un conflicto entre derechos privados y la necesidad pública, en el que la nueva ley sería de inmediata y general aplicación por ser de evidente interés social y además de orden público. La mención que en los contratos administrativos hagan los contratantes a la ley vigente, y aún se expresa incorporación al contrato como cláusulas de éste, nada cambia en el aspecto indicado, ni hacer perder a la ley su naturaleza jurídica, para convertirla en el caso concreto en una mera estipulación contractual solo modificable por la voluntad común de los contratantes o para exonerar a los contratantes de la aplicación de la ley

futura. Tampoco priva a la administración de su derecho, ni la libera de la obligación, de aplicar en forma general e inmediata la nueva ley. Si los particulares pueden obligarse a todo aquello no prohibido por las leyes, la administración no puede hacer sino lo que la autorice o mande la ley. Entre sus facultades no está la de convenir contractualmente la permanencia de una norma legal o la de restar efecto general a la ley futura. Semejante estipulación sería contraria al órden público y al interés general que expresa la ley, al ordenamiento constitucional que da al legislador la facultad de hacer las leyes y de reformar o derogar las existentes. La función administrativa se limita a dar cumplimiento a la ley. Solo cuando la ley expresamente lo autorice, y la estipulación contractual sea desarrollo particular y directo de la facultad dada por el legislador, la administración puede crear en los contratos que suscriba, situaciones individuales subjetivas que la nueva ley debe respetar. La revocatoria del acto reglamentario, no borra en lo pasado los efectos jurídicos ya producidos, que la propia ley autorizaba. En este caso, no se desconoce la competencia constitucional del legislador, sino que se cumple la voluntad por éste expresada en la ley. (Ver Nos. 19, 23, 24, 26, 27, 28, 33, 34 y 82 del índice). 25

26. CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Las leyes de Impuestos y el Contrato. Con relación a la ley fiscal, debe anotarse: El Estado tiene entre sus atribuciones, como poder soberano, la de crear impuestos, y los ciudadanos la obligación de contribuír a las cargas públicas de acuerdo con su capacidad. El impuesto es el procedimiento normal de repartir las cargas públicas entre los ciudadanos. Es principio fundamental a nuestro derecho público el de la legalidad del impuesto (C.N.Art. 43). Este principio –imponer es legislar– hace participar al impuesto de los mismos caracteres esenciales a la ley: generalidad e impersonalidad. La generalidad e impuestos de la ley conduce a la igualdad de los ciudadanos ante ella, y en el caso de las leyes tributarias, a la igualdad ante el impuesto que aquellas crean. A idéntica conclusión se llega en desarrollo de otro principio que en nuestro sistema político rige las relaciones entre gobernantes y gobernados: la "igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas". En sus aspectos económicos y sociales la "igualdad frente al impuesto" se traduce en fórmulas legislativas que tratan de realizar la "justicia fiscal", entendida no como "igualdad numérica, sino en razón del ideal de justicia social que motive al legislador". En su alcance jurídico el principio de "igualdad frente al impuesto" se concreta en la simple igualdad frente a la ley de impuestos y conduce a someter al mismo régimen fiscal a las personas, las propiedades y las actividades que se encuentren en la situación definida por la ley tributaria. (Ver Nos. 19, 23, 24, 25, 27, 28, 33, 34 y 82 del índice). 25

27. CONTRATO ADMINISTRATIVO.

El contrato y las circunstancias legales coetáneas. Puede suceder que los contratantes con la administración, *en forma expresa e inequívoca,* hagan constar que han tenido en cuenta ciertas circunstancias económicas o tributarias existentes al momento de contratar, como determinantes de las obligaciones que asumen o como compensatorias de éstas. Este tipo de estipulaciones no significa que no pueda cambiarse o modificarse la ley o que tengan el alcance de restarle generalidad a la aplicación inmediata de la ley futura; como ya se dijo, la administración no puede limitar los órganos del Estado en el ejercicio de sus competencias constitucionales. Las consecuencias de estas estipulaciones son otras. Como todos los contratos se rigen por la buena fe y la equidad, y debe estarse a la intención de las partes, la variación de la ley, o de las circunstancias concomitantes daría lugar a los consiguientes reajustes o compensaciones entre los contratantes, y eventualmente a condenas indemnizatorias, siempre que se compruebe por el perjudicado que sus obligaciones contractuales se han agravado más allá del límite del área normal que debe soportar todo contratante, y que en consecuencia, se ha roto el equilibrio económico del contrato considerado al momento de la convención, como sucede en las estipulaciones sobre reajuste futuro de precios en los contratos de obra pública que autoriza la ley 4a. de 1964. En la concesión esta posibilidad podría presentarse en los contratos en que la autoridad administrativa tenga el poder determinante de los ingresos del concesionario, o la libre estipulación de sus compensaciones pecuniarias, pero resulta de muy difícil ocurrencia en contratos cuya estructura económica sea la del pago de cánones o participaciones a la Nación, sin que ésta controle los ingresos del concesionario y en los que las condiciones del contrato no resulten de la voluntad de las partes sino de la ley. (Ver Nos. 19, 23, 24, 25, 26, 28, 33, 34 y 82 del índice) 25

28. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Características jurídicas de la concesión de servicios públicos y de petróleos. El contrato de concesión de un servicio público, como el de suministro de energía eléctrica, y el de concesión de explotación de petróleos, pueden tener analogías aparentes, pero difieren en su objeto y en su régimen jurídico. El suministro de energía eléctrica es un servicio público propio del Estado, es actividad propia de éste y no de los particulares. La explotación de petróleo no ha sido entre nosotros una actividad propia del Estado y sí de los particulares. El servicio público se reglamenta sin tener en consideración si es prestado por el Estado a los particulares. No es, pues, difícil separar en un contrato de servicio público propio, lo reglamentario de lo contractual, porque la concesión en este caso presupone dos situaciones jurídicas, una

legal o reglamentaria y la otra contractual. Cláusulas reglamentarias son las que organizan el servicio y contractuales las que se refieren a las ventajas financieras del concesionario. Según esto, solo puede considerarse como contenido del contrato las estipulaciones de índole económico financiero que reglan la compensación o retribución económica del concesionario. El concedente tiene derecho a imponer modificaciones en lo reglamentario, mas no en la base de la llamada ecuación económica-financiera. Estos principios no son aplicables al contrato de concesión de petróleo, pues en éste todo está reglamentado. En efecto, se reglamenta en la Ley el período de exploración (Art. 8o. Ley 10 de 1960); se señala el cánon superficiario que debe pagar el concesionario (Art. 9o. *ib.*); se fijan las participaciones o regalías que debe pagar (Art. 13 ib); se establecen exenciones de ciertos impuestos (Arts. 16, 17 y 62, Código de Petróleos), etc., disposiciones todas que determinan la base de la ecuación económica-financiera y que el Estado no puede modificar en forma unilateral en los contratos de concesión ya celebrados. No puede desconocerse que los privilegios y exenciones tributarios que la ley concede, no sean ventajas financieras destinadas a asegurar la remuneración del concesionario. El Decreto Legislativo 2140 de 1955 se dictó como lo dice en su preámbulo "para estimular las inversiones en la industria del petróleo". Quienes contrataren acogiéndose al tratamiento tributario especial consagrado en este Decreto, transformaron la situación jurídica abstracta del estatuto, en situación jurídica concreta, nacida bajo su imperio y en virtud de ese estatuto. La ley nueva debe respetar esas situaciones concretas, pues cuando las partes celebran un contrato se entiende que han tomado en cuenta el contenido de la ley vigente al tiempo de su celebración. Por ello la ley antigua forma parte del contrato y se aplica, como estipulación implícita, aun cuando llegue a ser derogada por una nueva ley. Esta debe respetar esas situaciones, pues no debe traicionar la confianza que se pone en la ley vigente al contratar, para que las situaciones creadas bajo su protección continúen intactas. No se trata de contratos entre personas privadas, sometidas siempre a la ley y que no les es dable modificarla. Se trata de contratos que se celebren con el Estado, o sea con el mismo que dicta las leyes, que tiene poder para derogarlas o modificarlas y que, por consiguiente, debe estar más obligado que los mismos particulares a obrar de buena fé y a no modificar unilateralmente las relaciones jurídicas concretas nacidas al amparo de las normas de derecho dictadas por él. Si la ley es la norma de derecho que emana de la voluntad del Estado, su poder de legislar debe ejercerlo éste sin desconocer las situaciones jurídicas concretas creadas, cuando contrata de acuerdo con la norma de derecho emanada de su voluntad. Lo que se deja dicho se aplica, bien sea que se incorpore como cláusula expresa el privilegio o exención tributaria, y se estipule o no que quedan incorporadas en el contrato las normas legales que los consagran de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. No estamos de acuerto con que pueda acudirse a la teoría del equilibrio financiero, para conceptuar que la Administración sí puede

modificar unilateralmente el contrato, indemnizando el perjuicio que sufra el contratista. Entre nosotros, fuera de las normas que señalan las formalidades a que deben sujetarse los contratos administrativos y lo que dispone el Código Contencioso Administrativo sobre cláusula de caducidad, no existe regulación alguna especial sobre ejecución y efectos de tales contratos, de donde es preciso concluír como lo dijo la Corte Suprema de Justicia que "en cuanto a la ejecución y cumplimiento y a las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan –están sujetos– a las disposiciones del Código Civil y que, en consecuencia, los contratos administrativos no pueden modificarse unilateralmente por una de las partes". (Sala Plena, mayo 9 de 1938 G. J. No. 1935, pág. 492). (Salvamento de Voto de los Consejeros Dres: Alejandro Domínguez Molina y Luis Carlos Sáchica, al concepto de marzo 11 de 1972. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Alberto Mora Hernandez. Consulta formulada por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Petróleos. Publicación Autorizada con oficio No. 843 de abril 13 de 1972, del Ministro de Hacienda y Crédito Público). (Ver Nos. 19, 23, 24, 25, 26, 27, 33, 34 y 82 del índice). 25

29. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

La facultad para declarar su caducidad pertenece al Gobernandor, el cual puede declararla por medio de Resolución motivada y no a las Asambleas. El artículo 187 C.N. no menciona, entre las atribuciones de las asambleas, la de declarar la caducidad de los contratos administrativos. Esta facultad evidentemente pertenece al Gobernador del Departamento, el cual puede declararla por medio de resolución motivada, si la caducidad se estipuló en el contrato (ver artículos 181 Constitución Nacional, 194 *ibidem* y 255 C.C.A.). (Sentencia de Mayo 3 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Actor: Orencio Machado y otra. Acción de plena jurisdicción, contra los artículos Nos: 13 y 14 de la Ordenanza No. 7 de diciembre 16 de 1970, de la Asamblea del Cauca). 469

30. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:–CLAUSULA DE CADUCIDAD.

La caducidad es la estipulación mediante la cual se otorga a los entes públicos la facultad de dar por terminado un contrato cuando a juicio de los mismos el contratante ha incurrido en una de las causales de incumplimiento de lo convenido, pactada como generadora de la sanción. Nuestro derecho público obliga unas veces y otras permite pactar la cláusula de caducidad dando una libertad a las personas públicas para establecer las causales de la misma, pero sin condicionar el ejercicio de tal potestad y la obligación a las exigencias de

las necesidades del servicio público. La Administración puede condicionar la aplicación de la caducidad a que la causal suceda sin justa causa por parte del contratista. Desde la expedición de nuestro Código Fiscal (Ley 110 de 1912) el legislador consagró la obligación para las personas de derecho público de pactar la cláusula de caducidad en los contratos que tuvieran como objeto la prestación de servicios y la ejecución de las obras públicas. Posteriormente la ley 167 de 1941. (Código Contencioso Administrativo) ordenó que también fuera insertada en los convenios que tuviesen por objeto la explotación de un bien del Estado. Finalmente en 1968, con la expedición de la llamada Reforma Administrativa, se estipuló en el Decreto-Ley 3130 de ese año, que los Establecimientos Públicos deberían pactar siempre la cláusula de caducidad en sus contratos y que en los de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado bien podría establecerse tal cláusula cuando así lo determinaran aquellas Entidades. Puede afirmarse que en nuestro Derecho Administrativo la caducidad ha sido la institución más importante de los contratos administrativos y que su presencia ha puesto siempre de manifiesto la utilización de los principios y reglas de derecho público en los convenios de la Administración, de tal manera que algunos tratadistas han expresado que la única diferencia que existe entre contratos de derecho privado de la Administración y contratos administrativos, es la de que en los segundos se pacta la cláusula de caducidad, pero que en general los contratos de las personas públicas siguen regidos por las reglas del Derecho Civil y gobernados por el artículo 1602 del Código Civil. La caducidad es la estipulación mediante la cual se otorga a los entes públicos la facultad de dar por terminado un contrato cuando a juicio de los mismos el contratante ha incurrido en una de las causales de incumplimiento de lo convenido, pactada como generadora de la sanción. Como causal exorbitante que es no puede ser ni delegada ni renunciada, es decir, es de obligatorio ejercicio por parte de la Entidad de derecho público. Igualmente, se sostiene que no puede ser objeto de transacción y se dice que más que una facultad es una obligación que adquiere, ya sea por mandato de la ley, o ya por voluntad de la persona de derecho público, de terminar un contrato cuando suceden determinados eventos. El C.C.A. al establecer la obligación de introducir en los contratos sobre prestación de servicios, construcción de obras y de explotación de bienes del Estado la cláusula de caducidad por las causales que la Administración tuviera a bien estipular y por las de muerte del contratista cuando no se ha previsto que el contrato pueda seguir con sus sucesores, y la de incapacidad financiera del contratista, no condicionó la aplicación de dicha cláusula a las exigencias del servicio público, simplemente dispuso que cuando sucedieran ciertos eventos consagrados en el contrato como causales de caducidad, la persona de derecho público que había de celebrar el contrato estaba en la obligación de declararla. De ahí que en los artículos 254 y 255 de la Ley 167 de 1941 se utiliza el verbo *deber* y no el verbo *poder*. Entonces se puede decir que nuestro derecho público obliga unas veces y otras permite

pactar la cláusula de caducidad dando una libertad a las personas públicas para establecer las causales de la misma, pero sin condicionar el ejercicio de tal potestad y la obligación a las exigencias de las necesidades del servicio público. Por último, es preciso observar que nuestra jurisprudencia ha sostenido que en principio la persona de derecho público solamente *debe* dejar de aplicar la caducidad cuando el acaecimiento de la causal tiene lugar a la presentación de un caso fortuito o fuerza mayor. Se dice que en principio la Administración solamente debe abstenerse de aplicar la caducidad en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito porque el legislador permitió que las Entidades de derecho público establecieran las causales de caducidad que bien tuvieran y con las condiciones que los mismos determinaran, así pues puede la Administración condicionar la aplicación de la caducidad a que la causal suceda sin justa causa por parte del contratista, etc. (Sentencia de Marzo 13 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis. Actor: "Sociedad Constructora Ltda". Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 55 de septiembre 28 y 63 de Noviembre 18 de 1965 expedidas por el Instituto Nacional de Abastecimientos INA). (Ver Nos. 31 y 42 del índice). 350

31. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION.

El criterio diferenciador de los contratos que celebra la Administración es el de la llamada "Cláusula exorbitante", una de las cuales es la conocida como la caducidad. Incidencia de la noción de "servicio público" en los contratos administrativos. A partir del año de 1964, con la expedición de la llamada Reforma Judicial, ha cobrado gran importancia el determinar si un contrato de la Administración, es administrativo o de derecho común. Esto porque antes de esa fecha el conocimiento de las controversias surgidas de un contrato suscrito por Entidades de Derecho Público estaba atribuído sin distinción a la justicia ordinaria; sólamente con la expedición del Decreto-Ley 528 de 1964, el Legislador habla de los contratos administrativos que celebren las personas de derecho público conocerán el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos y de los de mero derecho privado conocerá la justicia ordinaria. Es decir, desde ese entonces es necesario, antes de aprehender el conocimiento de una controversia contractual contra una Entidad de derecho público saber o, si el acto celebrado es de los llamados Administrativos, o si por el contrario, no difiere en nada de los celebrados por los particulares en sus relaciones comerciales y civiles. La jurisprudencia del Consejo de Estado, después de algunas imprecisiones ha llegado a una definición de los contratos administrativos cuando expresa que ellos son los que contienen cláusulas exorbitantes indicadoras del uso de la llamada "puissance publique" de la Administración, una de las cuales es la conocida

como la caducidad que desde la Ley 53 de 1909 y luego con la expedición del Código Fiscal es obligatoria pactar en los contratos de obras públicas nacionales. Igualmente, ha sostenido el Consejo que son también administrativos los contratos que celebren las personas de derecho público cuando tienen como objeto inmediato la ejecución de un servicio público, como las concesiones para servicios de energía eléctrica, agua, alcantarillado, etc. De la misma manera el legislador en los nuevos ordenamientos de las Entidades descentralizadas que forman la Administración Nacional como son los Establecimientos Públicos, ha dispuesto que todos sus contratos sean administrativos, pues los obliga a pactar la cláusula de caducidad, y somete las controversias que de ellos puedan nacer al conocimiento de los jueces administrativos. En otras palabras, el legislador ha aceptado implícitamente que los contratos que celebre la Administración por contener la cláusula exorbitante de caducidad son administrativos y por ello las controversias que surjan deben ser conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Puede afirmarse que la diferenciación de los contratos que celebre la Administración en contratos de derecho común y contratos administrativos la dan las cláusulas exorbitantes que se pactan en los segundos y no en los primeros, pues si los contratos que tienen por objeto inmediato la ejecución de un servicio público o el servicio mismo se denominan administrativos, es porque en ellos la Administración deberá pactar cláusulas exorbitantes debido a la importancia que tiene para el Estado la celebración y su ejecución. Lo anterior quiere decir que el Derecho Administrativo colombiano, al igual que el derecho francés, ha abandonado el criterio del servicio público para diferenciar los contratos que celebren las personas de derecho público. Bien se puede decir que los entes públicos al pactar las cláusulas exorbitantes pueden hacerlo o porque la ley así lo ordena como en los casos de los contratos de obras públicas y en los contratos que suscriben los Establecimientos Públicos o porque han decidido en un caso especial que pueden utilizar el poder de que gozan: así por ejemplo, se tiene que la ley y el Decreto 3130 de 1968, le da a las Empresas Comerciales e Industriales del Estado la facultad de pactar la cláusula exorbitante de caducidad cuando así lo deseen, más bien podría considerarse que esa norma es superflua, dado que las personas de derecho público pueden también acudir a la utilización de esas cláusulas aduciendo para ello que gozan del mismo poder que tienen los particulares de pactar las cláusulas que a bien tengan y mucho más cuando sus actividades como las del Estado están encaminadas siempre a lograr el bien común y el interés de toda la colectividad. Pero si se ha asegurado, en forma un poco tímida, que la noción de servicio público no juega actualmente papel alguno en la calificación de los contratos, menos aún puede sostenerse que la aplicación de las cláusulas exorbitantes que se pacten en un convenio administrativo sólo pueden tener lugar cuando las necesidades del servicio público así lo exijan y no cuando sucedan los eventos que las mismas contemplan. La afirmación surge del criterio de competencia según el cual las autoridades públicas sólo

pueden hacer aquello que la ley les autoriza hacer y no puede como sucede con particulares dejar de realizar las actividades que el legislador, el gobierno o cualquier otro acto de autoridad, les ordenen efectuar. En otras palabras, debe decirse que una vez pactada una cláusula exorbitante, la Administración no puede renunciar a ejercer el derecho que de ella emana cuando quiera que se cumplan las condiciones necesarias para su aplicación bajo el pretexto que las necesidades del servicio público no exigen dicha aplicación y ello porque las personas públicas están en la obligación de ejercer las competencias a ellas atribuídas sin que puedan renunciar, ya que de acuerdo con nuestras normas constitucionales es una potestad de obligatoria decisión. Por último, si en vía de hipótesis se aceptara que las cláusulas exorbitantes se pactan por necesidad de un servicio público, no se pueden explicar que ellas puedan desaparecer durante el desarrollo del convenio en que se concertaron, pues el servicio público, que las motivó sigue existiendo y como tal exigirá que los intereses que demanda su ejecución sean siempre protegidos. Igualmente, sería aventurado y arbitrario sostener que en un momento dado no se altera un servicio público cuando no se cumple oportunamente o se demora el cumplimiento de una obligación que la persona pública administradora de servicio haya encomendado a los particulares por medio de un contrato administrativo. (Ver Nos. 30 y 42 del índice). 350

32. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION.

Competencia de las jurisdicciones contencioso administrativa y ordinaria para conocer de los litigios sobre éllos. Criterios para distinguir los contratos administrativos de los civiles o comerciales de la administración. Contrariamente a lo que prescribía el Ord. 1o. del Art. 73 del C.C.A., que excluía del conocimiento de la Jurisdicción contencioso-administrativa los litigios sobre contratos o actos "que tengan orígen en un contrato", el Decreto-ley No. 528 de 1964 le adscribió, entre otros, el de "las controversias relativas a contratos administrativos" de la Nación, los Departamentos, Intendencias, Comisarías, Municipios y establecimientos públicos (Arts. 30, Ord. 1o., letra a); 32, Ord. 1o., letras a) y b), y Ord. 2o., letras c) y d), mientras que a los jueces del circuito compete conocer en primera instancia, según el Art. 16, número 1, del C. de P.C., entre otras, de las acciones en que sean parte las mencionadas entidades, las empresas comerciales e industriales y las sociedades de economía mixta que no corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, los litigios sobre contratos de la Administración corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa si son administrativos y a la ordinaria si civiles o comerciales. Para distinguirlos existen los criterios legal y doctrinal, éste en defecto de aquél; así, los contratos de construcción de obra, prestación de un servicio y explotación de un bien del Estado, en los cuales se deben estipular

necesariamente las cláusulas de caducidad prescritas por el Art. 254 del C.C.A., son administrativos por determinación de la ley; y por vía de doctrina los que consagran cláusula o cláusulas exorbitantes del derecho privado o que tienen por objeto "la ejecución misma del servicio" (J. Rivero, Droit Administratif, Pág. 161; A. De Laubadere, Droit Administratif Spécial, Págs. 37a 39;E. Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Págs. 538 y 590), como sucede con los contratos o convenciones inter-administrativas que tienen por finalidad, la ejecución misma del servicio. (Auto de Abril 6 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Sustanciador: Dr. Humberto Mora Osejo. Actor: Alfredo Soto Pinedo. Acción de nulidad contra la cláusula 5a. del contrato No. 20 del 9 de febrero de 1969 celebrado entre el Fondo Vial Nacional y el Distrito Especial de Bogotá). (Ver el No. 35 del índice). 447

33. CONTRATOS DE CONCESION.

Coexistencia de situaciones jurídicas subjetivas y generales. Modo de gestión de los servicios públicos. Cláusulas Reglamentarias y Cláusulas Contráctuales. En los contratos de concesión de servicios públicos y de explotación de riquezas nacionales la coexistencia de situaciones jurídicas subjetivas y generales o reglamentarias es manifiesta. El contrato de concesión ha sido tradicionalmente modo de gestión de los servicios públicos encaminado a que los particulares participen en la prestación del servicio. En la concesión se originan para el concesionario ciertos derechos que emanan directamente del contrato, que son de carácter patrimonial o relacionados con su condición de concesionario, derechos que compensan las cargas que asume y son factor determinante en el equilibrio financiero del convenio. Pero por el hecho de la concesión el servicio no pierde su calidad de público para convertirse en mero negocio privado, ni la administración queda eximida de sus responsabilidades o limitada en sus poderes legales para asegurar el funcionamiento del servicio en consonancia con el interés general. Si las cláusulas que conciernen exclusivamente a las garantías financieras del concesionario son de naturaleza contractual, en cambio la reglamentación del servicio, lo que la doctrina llama "ley del servicio", escapa a las estipulaciones del contrato, en virtud de un principio fundamental a nuestro ordenamiento jurídico, según el cual la organización de los servicios públicos depende de la competencia unilateral y exclusiva de los órganos del Estado. Es esta circunstancia la que hace pensar a algunos autores que la "concesión de un servicio público" no constituye propiamente un contrato, en razón del objeto mismo sobre el cual ella recae. En todo convenio de concesión es preciso distinguir, por lo tanto, la parte reglamentaria del servicio, que permanece en manos del Estado y éste puede cambiar unilateralmente en todo momento en ejercicio de competencias constitucionales y legales inalienables, y la parte

propiamente contractual. Tienen naturaleza reglamentaria todas las cláusulas concernientes a la organización y funcionamiento del servicio, que son, en consecuencia, de interés general; y naturaleza contractual las que fijan los términos financieros o la retribución del concesionario por la colaboración que presta, que solamente interesan a los contratantes. Este criterio diferencial de partes propiamente contractuales y partes reglamentarias en la concesión de servicios, es el que sigue la jurisprudencia. (Ver Nos. 19, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 34 y 82 del índice). 25

34. CONTRATOS DE CONCESION PARA EXPLOTAR PETROLEOS NACIONALES.

Aplicación del artículo 5 del decreto 2140 de 1955 derogado por la ley 10 de 1961. Se analiza el problema jurídico consistente en establecer si es o no aplicable el artículo 5o. del decreto 2140 de 1955, derogado por la ley 10 de 1961, a los contratos de concesión para explotar petróleos nacionales celebrados durante la vigencia del decreto, en los que figure la cláusula transcrita en la consulta, que incorpora como cláusulas contractuales las disposiciones del Código de Petróleos y las del decreto 2140 de 1955, y en forma general las leyes vigentes al momento en que se suscribe el contrato.- Tanto el artículo 5o. del decreto 2140 de 1955, como el artículo 24 de la ley 10 de 1961 que lo sustituyó, al establecer una deducción especial de agotamiento, adicional a la deducción normal, se limitan, a *reglamentar en este aspecto,* y *en forma general e impersonal,* la manera de liquidar el impuesto sobre la renta a las compañías explotadoras de petróleo, *nacional* o *privado,* reglamentación que compete al legislador y que éste puede modificar libremente. El decreto 2140 de 1955, que se dictó con el propósito de estimular la industria del petróleo, dividió al territorio nacional en sector occidental y sector oriental, y para cada uno de ellos reglamentó en forma distinta los estímulos. Para las explotaciones de petróleo del sector occidental, el decreto en su artículo 5o., creó el factor especial de agotamiento o deducción extraordinaria del 15%, adicional a la deducción normal del 10%, en las condiciones y dentro de los límites allí indicados. Para el sector oriental, y exclusivamente para las explotaciones de petróleos de esta región, el artículo 13 del decreto estableció que la deducción normal por agotamiento se concediera por todo el tiempo de la producción y sin sujeción al monto de inversiones efectivas, a la tasa del 28% del valor bruto del producto natural, excluyendo expresamente la deducción extraordinaria del 15% que establecía el artículo 5o. del decreto para la región occidental. El mismo decreto, además, y sólamente para el sector oriental, amplió el término de las concesiones (Art. 11), disminuyó las regalías (Art. 16), el impuesto de los oleoductos (Art. 17)y autorizó el Gobierno para convenir con los contratistas de exploración y explotación de petróleos nacionales de la región

oriental, la revisión de sus contratos, con el único objeto de adaptarlos a las normas particulares del decreto (Art. 21). En el análisis del decreto 2140 de 1955 es preciso, en consecuencia, distinguir la reglamentación de una y otra zona, y tener en cuenta que la revisión de contratos para adaptarlos a las disposiciones del decreto la autorizó el legislador para la región oriental pero no para la occidental, a la que se refiere el artículo 5o. del decreto. La autorización para contratar en el sector oriental, y la falta de esta autorización en el sector occidental, definió situaciones jurídicas distintas para los concesionarios en uno y otro sector, como lo precise ampliamente el Consejo de Estado, Sala Contenciosa, en las providencias dictadas con motivo de la demanda del decreto 1348 de 1961, decreto reglamentario de la ley 10 de 1961, que como ya se dijo, derogó el decreto 2140 de 1955. (Ver Nos. 19, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 33 y 82 del índice)..... 25

35. CONTRATOS O CONVENCIONES ADMINISTRATIVOS.

Contra los contratos o convenciones administrativos, como contra los civiles o privados, proceden las acciones de nulidad relativas y absolutas, éstas por objeto y causa ilícitos, como violación o transgresión de norma objetiva de derecho, que sólo pueden alegarse por el que tenga interés en ello, o incoarse "por el Ministerio Público en interés de la moral y de la ley" y aún declararse oficiosamente por el Juez que conoce del litigio (Art. 2o. de la Ley 50 de 1936). La acción pública de nulidad, en cuanto reconocida por el Art. 66 a "toda persona", no es procedente respecto de los contratos o convenciones administrativos: 1o.) Según el Art. 66 del C.C.A., la acción de nulidad procede contra los actos unilaterales de la Administración mencionados expresamente por los artículos 62 a 65 *ibídem*, no contra los contratos, excluidos en el régimen del Código del conocimiento de la jurisdicción contencioso- administrativa, como también los actos que se funden en ellos (Art. 73, Ord. 1o., *ibídem*), no obstante que el proyecto original los comprendía. 2o.) –El Decreto-Ley No. 528 de 1964, que no regula íntegramente la materia, como declara su Art. 70, derogó el Ord. 1o. del Art. 73 del C.C.A., pero no modificó el régimen expuesto del Código que excluyó la acción pública de nulidad los contratos administrativos; por el contrario, al adscribir a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los litigios relativos a los mismos, alude a "controversias" y señala la competencia del Consejo y de los Tribunales Administrativos con fundamento en la índole de la entidad y en la cuantía (Arts. 30, Ord. 1o., letra a); 32, Ord. 1o., letras a) y b) y ord. 2o., letras c) y d), criterios legales de los cuales se deduce que, para promover las correspondientes acciones, se requieren no sólo el interés general y abstracto de que prevalezca la legalidad, sino uno concreto derivado de la situación específica de que es fuente el contrato o la convención, determinante de la legitimación procesal. Sólo se exceptúa de este régimen el

Agente del Ministerio Público, quien puede promover acción de nulidad de un contrato o convención, privado o administrativo, según el Art. 2o. de la ley 50 de 1936, por objeto o causa ilícitos y en interés de la moral y de la ley. 3o.) – En consecuencia, contra los contratos o convenciones administrativos, como contra los civiles o privados, proceden las acciones de nulidad relativas y absolutas; éstas por objeto y causa ilícitos, como la violación o transgresión de norma objetiva de derecho, que sólo pueden *alegarse por quien tenga interés en ello"* (se subraya), o incoarse "por el Ministerio Público en interés de la moral y de la ley" y aún declararse oficiosamente por el Juez que conoce del litigio (Art. 2o. de la ley 50 de 1936). En otros términos, sólo quien tenga interés jurídico concreto puede promover la acción de nulidad de un contrato o convención administrativos con el objeto de hacer valer su pretensión, sin perjuicio de que el juzgador que conoce del litigio pueda declarar oficiosamente su nulidad por objeto y causa ilícitos o de que el Ministerio Público pida pronunciarla por los mismo motivos, por tener exclusivamente, según el Art. 2o. de la ley 50 de 1936, el poder de obrar en interés público, en guarda de la moral y de la ley. 4o.) – en fín, el derecho francés también excluye la acción de nulidad de los contratos administrativos, que sólo son susceptibles de la de plena jurisdicción, sin perjuicio de que aquélla proceda, como también sucede en el régimen colombiano, contra los actos separables de los mismos (A. De Laubadere, Traité Elémentaire de Droit Administratif, Tomo I, Pág. 481; J.M. Auby y Drago, Traité de Contentiaux Administratif, Tomo II, Pags. 455 y 456). (Ver el No. 32 del índice). 447

36. CONVENCIONES Y PACTOS COLECTIVOS.

Se decreta la suspensión provisional de los dos artículos del Decreto Reglamentario 671 de abril 29 de 1972. El demandante solicita la suspensión provisional del Decreto No. 671 del 29 de Abril de 1972 por ser ostensiblemente contrario a distintas normas constitucionales y a varios artículos del Código Sustantivo del Trabajo, entre ellos, y muy principalmente el Art. 481 que dice: "los pactos entre patrono y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas para las convenciones colectivas, pero solamente son aplicables a quienes los hayan celebrado o adhieran posteriormente a ellos". El decreto demandado reza: "Decreto No. 671 del 29 de abril de 1972. "Por el cual se reglamentan los artículos 28 del decreto 2351 de 1965 y 481 del Código Sustantivo del Trabajo. "Artículo 1o. Las empresas que hubieran firmado o que firmen convenciones colectivas con sindicatos cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de trabajadores de cada una de ellas, no podrán suscribir pactos colectivos. "Artículo 2o. – El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición". La Sala Unitaria está de acuerdo con el demandante cuando afirma que desafortunadamente el Gobierno olvidó que además del Art. 38

del Decreto 2351 de 1965 en el art. 39 se faculta a los trabajadores no sindicalizados para renunciar expresamente a los beneficios de la convención, caso en el cual el patrono dejará de descontarle la cuota sindical. De otra parte, el Decreto acusado viola ostensiblemente el Art. 481 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que en él no se establece limitación alguna al derecho que tienen los patronos y sus trabajdores no sindicalizados que dependan de la empresa. El decreto 671 de 1972 establece limitaciones que las normas que dice reglamentar no establecen. Por lo anterior, se Decreta la Suspensión Provisional de los dos artículos del Decreto 671 del 29 de abril de 1972. (Auto de junio 19 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Sustanciador: Dr. Nemesio Camacho R. Actor: Julio Gaitán Gómez. Acción de nulidad contra el Decreto Reglamentario 671 de abril 29 de 1972)..... 225

37 COPIAS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS, AL CARBON Y CON FIRMAS EN IGUAL FORMA.

Estas copias deben presumirse auténticas y son admisibles para esta jurisdicción. Las constancias de notificación tienen por finalidad verificar la caducidad de la acción. Admisión de la demanda. Es verdad que el artículo 86 del C. C. Administrativo exige que con la demanda se acompañe "una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos". Esta exigencia de la ley tiene por finalidad constatar que la administración profirió realmente el acto y que los términos de caducidad de la acción no han precluído. En el caso a estudio el actor presentó una copia al carbón con firmas también al carbón. Esta copia debe presumirse auténtica y es posiblemente la que fue entregada al demandante al solicitarla a la administración. Luego no tiene esta jurisdicción motivo para rechazarla. No se puede colocar al ciudadano en una situación contraria a la finalidad buscada por la ley. Si se solicitó a la entidad correspondiente copia del acto acusado y se le expidió en la forma como aquí se hizo, no hay razón suficiente para que dicha copia no sea admitida. La circunstancia de que no aparezca con las constancias de notificación, tampoco es motivo para rechazar la demanda, pues dicha atestación tiene por finalidad, como ya se dijo, verificar que la acción no se encuentre caducada. En la época actual, y esto no es posible desconocerlo, se han implantado nuevos sistemas para expedir copias de los actos administrativos, tales como el empleado por la administración en el caso a estudio. Resulta exagerado formulismo exigir copias con sistemas anticuados, cuando la realidad es que la administración busca una mayor movilidad en sus asuntos. (Auto de febrero 1o. de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección II. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez. Actor: Luis Eduardo Cadavid. Acción de plena jurisdicción contra unas resoluciones de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y del Ministerio de Defensa)..... 235

38. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

La guarda de la integridad de la Constitución corresponde a la Corte como atribución jurisdiccional autónoma: El Art. 214 de la Constitución confía a la Corte la guarda de su integridad, como atribución jurisdiccional autónoma, no susceptible de limitarse por el Art. 30 del Decreto No. 432 de 1969, con base en la cual pronuncia sus decisiones también autónomamente. Por esto, el Art. transitorio No. 76, literal c) del Acto Legislativo No. 1o. de 1968 sólo autorizó al Gobierno para tomar las medidas administrativas para el funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte" y para dictar mientras la ley no lo haga, las normas relativas a su funcionamiento y las procedimentales para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo", facultades que no podía comprender la de señalar los casos en los cuales procede una decisión inhibitoria, por sustracción de materia –como lo hace el Art. 30 citado–, porque los Arts. 42, 43 y 71 del mismo Acto Legislativo, correspondientes a los Arts. 121, 122 y 214 de la actual codificación constitucional, según lo expuesto, atribuyeron a la Corte, sin limitación, "la guarda de la integridad de la Constitución", en los casos y la forma que ellos señalan. (Ver Nos. 22 y 43 del índice). 217

D

39. DEMANDA.

Debe acompañarse a ésta copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos, so pena de no ser admitida y no interrumpir con su presentación los términos señalados para la caducidad de la acción. Disponen los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo que el actor debe acompañar a la demanda copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos. Y que cuando se presente inobservancia de este requisito el juez no dará curso a la demanda, con la advertencia de que la presentación de la demanda inadmitida por tal razón no interrumpe los términos señalados para la caducidad de la acción. Frente a normas de tal claridad no le es permitido a quienes quieran ejercitar las acciones autorizadas por las leyes dejar de cumplir las exigencias dichas, ni el juez obrar en forma diferente de lo que en ellas se le ordene. Se trata de disposiciones de imperioso cumplimiento, pues como es bien sabido una de las bases de nuestra organización judicial reside en la insustituíble observancia de las formas procesales. Por lo demás, la exigencia del legislador de que el actor acompañe una copia del acto acusado con las constancias de su publicación, notificación

o ejecución, según los casos, no es caprichosa sino que tiene importancia sustancial desde diferentes puntos de vista dada la naturaleza y la índole de la acción contencioso administrativa. Entre otros para precisar desde el primer momento si el actor se encuentra dentro del plazo fijado para instaurarla, pues si no fuere así estaría caducada y resultaría ocioso adelantar un proceso que desde su iniciación aparece manifiestamente llamado al fracaso. (Auto de Enero 26 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero, con salvamento de voto,del Consejero doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor: Larsen Gavassa y Compañía Ltda. Acción de revisión de impuestos). (Ver No. 9 del índice). 601

40. DEMANDA.

Diferencia entre rechazo y aplazamiento de la admisión de la demanda. El auto de aplazamiento de admisión de la demanda debe ser suscrito únicamente por el Magistrado Sustanciador y no es apelable; el de rechazo, debe ser pronunciado por el Tribunal en pleno y es apelable. En este caso enjuiciado se trata de la indemnización de perjuicios en cuantía superior a los treinta mil pesos ($ 30.000.00) por la omisión del Distrito Especial de Bogotá o su Empresa de Acueducto y Alcantarillado en colocar "las señales luminosas" que permitieran distinguir la obra que se adelantaba en la autopista del norte, motivo por el cual, según el artículo 52 numeral 2o., letra f, del C.C.A. por la cuantía, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca conoce en primera instancia. El Auto del Tribunal es de aquellas providencias contempladas en el art. 87 del C.C.A., que no significan un rechazo del libelo, sino un aplazamiento de la admisión del mismo, hasta tanto se llenen por el Actor las formalidades que se puntualicen por el Magistrado sustanciador. No habiendo sido de rechazo el proveído se explica que lo hubiera suscrito únicamente el Magistrado sustanciador, pero esa misma circunstancia hace inexplicable que se hubiera concedido contra él el recurso de apelación, recurso que sólo es procedente, según los términos del Artículo 88 del C.C.A., contra el auto de rechazo, auto éste que debe ser pronunciado por el Tribunal en pleno. El Consejo, en consecuencia, no ha adquirido competencia para conocer del recurso, y por lo mismo habrá de declarar su inhibición, ordenando devolver los autos al Tribunal de origen. (Auto de Mayo 19 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera. Actor: Luz Alba Echeverry vda. de Torres y Otros. Acción de responsabilidad extracontractual del Estado). 536

41. DEMANDA.

No se debe devolver la demanda cuando el Juez a quien se presentó se crea incompetente para conocerla, sino remitirla al funcionario competente Art.

140 C.P.C. No es el caso de devolverle la demanda a quien la presentó, ya que el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, que rige esta materia, prevé que cuando el funcionario judicial se crea incompetente para decidir un litigio debe remitirlo al competente, en lugar de desechar el libelo que se le dirigió erróneamente, con el fin de evitar por este medio que se malogren derechos sutanciales de los gobernados por causas artificales, como la división del trabajo entre distintos organismos judiciales de igual o diversa jerarquía o la especialización de las distintas jurisdicciones, a pesar de que todos ellos pertenecen a una misma rama del poder público, la jurisdiccional, encargada en todo caso de dar el derecho a quien lo tenga, por encima de miramientos o formulismos puramente procesales. (Ver No. 3 del índice). 622

42. DEMANDA. CADUCIDAD Y PRESCRIPCION DE LA ACCION.

Si una demanda es instaurada dentro de los términos que la Ley concede no puede decirse que opera la caducidad de la acción por no haber sido la misma admitida por el Consejo o por los Tribunales Administrativos, antes de vencerse dicho plazo. En efecto: a) Nuestro Derecho Administrativo no tiene como el Procesal Civil la institución de la prescripción de la acción, sino que en él se instituyó el fenómeno de la caducidad de la misma por el no ejercicio, dentro de términos relativamente cortos, de la acción que ha de poner en movimiento la jurisdicción atribuída a los Tribunales Administrativos: la caducidad es una institución diferente a la prescripción de la acción que no es susceptible ni de interrupción, ni de suspensión, ni puede ser renunciada por el demandando, si es que dentro del procedimiento administrativo, en general, puede hablarse de demandante y demandado; por ello, no pueden confundirse tales figuras; y b) de acuerdo con las disposiciones que rigen la caducidad, ella no se opera cuando se ha presentado un libelo en forma dentro de los plazos que estipula el Código Contencioso o las leyes que atribuyen competencia a la jurisdicción contencioso administrativo, para conocer de determinados asuntos y no tan sólo cuando se admite el libelo, o, como en el derecho común, cuando se notifica al demandado la admisión del mismo. (Ver Nos. 30 y 31 del índice). 350

43. DECISION INHIBITORIA POR SUSTRACCION DE MATERIA.

Argumentos en contra de la doctrina de la Decisión Inhibitoria por sustracción de materia. Nulidad del Art. 30 del Decreto 432 de 1969. La doctrina de la decisión inhibitoria por sustracción de materia ha sido objeto de salvedad, aún por quienes la han prohijado como el doctor Liborio Escallón, en salvamento de voto a la sentencia del 24 de noviembre de 1942, en el que sostuvo que la Corte debe decidir en el fondo sobre acto que perdió

su eficacia, por considerar "que si una ley o un decreto pierde su entidad, por el hecho de ser derogados, no sucede lo mismo cuando no ha sido interferida la derogatoria sino que el decreto o la ley han perdido en sí, su eficacia. Quiere entonces decir que ya no producen efectos, pero que su entidad legal, en sí misma considerada, subsiste aún y que entonces sí puede haber materia para el respectivo fallo . . . . ."(G.J. Tomo LIV, Pág. 440). Por su parte el doctor José Antonio Montalvo, en salvamento de voto a la misma sentencia indicada, sostuvo el mismo criterio, que reitera un salvamento de voto anterior, por considerar que "la Corte debe pronunciarse sobre la inexequibilidad de leyes y decretos, aún en el caso de que hayan sido derogados, si a pesar de la abrogación han llegado a producir efectos que puedan perdurar en el futuro", mayormente en los casos en que la ley o el decreto sin ser derogados, han dejado de regir por haber producido sus efectos (G.J. Tomo LIV, Págs. 401 y 402). La Constitución no consagra excepción alguna, ni distingue entre actos vigentes, derogados, agotados, sustituídos o subrogados, sino que, por el contrario, adscribe a la Corte, por principio general, la guarda de su integridad, mediante verificación, por control automático o acción pública, de los proyectos de ley, leyes y decretos previstos en los Arts. 121, 122 y 214 de la Constitución, con el deber de *decidir* si son o no constitucionales; pues, el término decidir denota, como su correspondiente latino *decidere*, "cortar la dificultad, formar juicio definitivo sobre algo dudoso o contestable", es decir, que la Corte debe resolver en el fondo de la constitucionalidad del Acto o del proyecto de ley. En consecuencia, como sostienen los demandantes, el Art. 30 del Decreto No. 432 de 1969, que dispone que "cuando al proceder al fallo de constitucionalidad de una ley, o decreto, encontrare la Corte que la norma revisada o acusada perdió ya su vigencia, la decisión será inhibitoria, por sustracción de materia", contraría los invocados preceptos constitucionales. Como afirmara el doctor Montalvo en su mencionado salvamento de voto, "la declaración de inexequibilidad de una ley insubsistente podrá o no surtir efectos prácticos: la efectividad de su fallo no le compete a la Corte como guardián de la Constitución: el proceso de inexequibilidad no se mueve por intereses privados ni por miras de carácter patrimonial sino por el interés de órden público de que la Corte defina la cuestión de Derecho Público de si el acto acusado va o no contra la Constitución . . . . ."(G.J. Tomo LIV, Pág. 402), sin que valga aducir en contrario la tesis que postula el "restablecimiento automático de la Constitución" al dejar de regir el acto que la contraría, porque sus efectos inconstitucionales pueden perdurar y aún producirse en el futuro. Si el acto fué derogado, dejó de regir o sus efectos se cumplieron, como entidad jurídica persiste y regula las situaciones producidas durante su vigencia, por lo que no puede sostenerse, jurídicamente, que no existe en tales hipótesis materia sobre la cual pronunciar decisión de fondo. La Sala de Negocios Generales del Consejo actual de Consulta y Servicio Civil en consultas del 17 de noviembre de 1958 y del 2 de septiembre de 1961, sostuvo que "es jurídicamente

fundada la tesis de que la declaratoria de inexequibilidad equivale a una nulidad del precepto y no a una derogatoria del mismo . . . " (Anales Tomo LXII, Volumen II, Págs. 915 y 956); y esta Sección, en sentencia de 15 de mayo de 1968 declaró la nulidad del Decreto No. 624 del 10 de abril de 1967, no obstante que, como expresa, ya no tenía "subsistencia Jurídica en cuanto a sus efectos". (Ver Nos. 22 y 38 del índice) 217

44. DERECHO DE PETICION.

Naturaleza Jurídica. Necesidad de que se regule su ejercicio. Caducidad de la acción contencioso administrativa. El artículo 45 de la Constitución les reconoce a los gobernados el derecho de presentarles peticiones a las autoridades y de obtener de ellas pronta respuesta sobre las cuestiones de interés general o particular materia de la solicitud. Pero, como es natural, el ejercicio de ese derecho no puede estar sujeto al simple albedrío del peticionario para que pueda éste presentar en forma continuada o esporádica una misma solicitud ante los funcionarios, aunque ellos desde un principio ya se hayan pronunciado sobre la aspiración concreta de que se trate. Si aconteciera así, ninguna agencia gubernamental tendría tiempo para ocuparse de asuntos nuevos o para atender a la prestación de los servicios fundamentales que corresponden al Estado como personero de la colectividad. Su labor estaría reducida a repetir de modo rutinario las soluciones dadas a los negocios remansados en ella por la voluntad exclusiva de unos mismos, constantes y crónicos peticionarios. Del propio modo, sin embargo, el ejercicio de un derecho tan importante para el particular, como lo es el de petición, tampoco puede reducirse a que las oficinas del Gobierno decidan en forma onmímoda y definitiva sobre las cuestiones planteadas por el solicitante y sin que éste pueda aspirar a que se modifiquen o revoquen las soluciones primitivas. Una organización democrática y justa del Estado exige que el particular inconforme con la primera decisión pueda acudir de nuevo, dentro del plazo razonable claro está, ante el mismo funcionario, ante el superior jerárquico de éste y aún ante un organismo jurisdiccional para buscar el triunfo de sus aspiraciones si se acomodan a los dictados de la ley. Todos los motivos anteriores imponen la necesidad de que existan preceptos que regulen el ejercicio del derecho de petición, establezcan recursos contra lo resuelto inicialmente por la autoridad y fijen plazos para interponerlos y para que aquella se pronuncie sobre el nuevo reclamo del gobernado— Esta es la razón de ser del Decreto Ley 2733 de 1959, que establece el procedimiento general u ordinario para el trámite de los asuntos que se presenten ante los funcionarios de la órbita nacional. De acuerdo con este ordenamiento, cuando el peticionario no queda satisfecho con la solución dada inicialmente a sus pretensiones puede interponer contra ella los recursos de reposición o de apelación, según el caso, dentro de los plazos que al efecto establecen las

normas del Decreto 2733. Y si después de surtidos los recursos pertinentes, es decir, de haberse agotado el trámite ante la Administración, subsiste la inconformidad del solicitante, puede acudir ante los organismos de lo contencioso administrativo por la vía de la plena jurisdicción y dentro del término legalmente hábil para hacerlo, a demandar el restablecimiento o el reconocimiento de los derechos que considere le fueron vulnerados o desconocidos por la autoridad gubernamental. Claro está que si el particular interesado no recurre ante la Administración o ante los tribunales de lo contencioso dentro de los plazos legalmente preestablecicos para hacerlo, sus pretensiones quedarán definitivamente insatisfechas porque sus intentos posteriores para plantearlas de nuevo resultarán fallidos frente a la decisión anterior y ya en firme del funcionario gubernamental. Y esto acontece aún en la hipótesis prevista por el Capítulo III del Decreto-Ley 2733, el llamado recurso de revocación directa, porque el artículo 23 del mismo Decreto estatuye expresamente que ni la petición de revocatoria de un acto ni la providencia que decida sobre élla hacen revivir los términos que hubieran existido para impugnar ese acto por la vía contencioso administrativa y que ya estén caducados. (Sentencia de Marzo 10 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Compañía Colombiana de Electricidad. Acción de plena jurisdicción contra el oficio de julio 2 de 1970 de la Junta Monetaria). (Ver el No. 89 del índice). 330

E

45. ELECTORALES.

Casos en que el legislador tiene prescrito que deberán fallarse en una sola sentencia los juicios que se adelanten en ejercicio de alguna de las acciones electorales. El legislador tiene prescrito que deberán fallarse en una sola sentencia los juicios que se adelanten en ejercicio de alguna de las acciones electorales en cualquiera de los siguientes casos: Cuando se ejercite la acción de nulidad contra unas mismas elecciones, un mismo registro de escrutinio o un mismo nombramiento, aunque sean distintas las causas de las respectivas demandas; Cuando las demandas se refieran a un mismo registro, aunque en una o varias se pida la nulidad y en otras se solicite la simple rectificación; Cuando el objeto final de las demandas es el mismo aunque se refieran a actos distintos cumplidos por corporaciones o funcionarios de distinta jerarquía. Y agrega la ley que no es obstáculo que sean distintas las partes en los respectivos juicios ni que en unos se persiga la nulidad o rectificación total y en otros solo se ataque parcialmente el acto. Bastará –dice textualmente–

que se afecte la declaración o elección en todo o en parte. La finalidad buscada con tal procedimiento no fué solo abreviar las controversias electorales sino producir soluciones armónicas en los respectivos procesos, según se lee en la exposición de motivos del proyecto que luego se convirtió en la ley 167 de 1941. Además, no se trata aquí del sistema que rige en la acumulación de acciones y de procesos en los juicios civiles, por lo que ninguna de las normas del Código de Procedimiento Civil le son aplicables a los procesos electorales, para los cuales son especiales los preceptos de los artículos 224 a 230 del Código Contencioso Administrativo. Por la simple lectura de los casos en que es obligatoria una sola sentencia para distintos juicios electorales que se adelanten ante el mismo juez, bien claro resulta también que lo que se persigue con tal procedimiento es impedir que una misma cuestión de derecho sea resuelta de distinta manera en los diversos procesos. Basta, por lo tanto, que haya conexidad entre las cuestiones controvertidas para que se imponga su solución en una misma providencia. (Sentencia de Mayo 9 de 1972. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero. Con salvamento de voto del Consejero Dr: Carlos Portocarrero Mutis. Actor: Alberto Gutiérrez Botero y otro. Juicios electorales). (Ver Nos. 52 y 79 del índice). 552

46. ELECTORALES.

Diferencias entre incompatibilidades e inhabilidades. Las Asambleas se mueven exclusivamente en una órbita para el desempeño de funciones administrativas. El derecho de ser elegido para cargos públicos forma parte de los derechos políticos y civiles que son regulados exclusivamente por la Constitución o la Ley. La misma Constitución señala, en el artículo 62, el criterio en la materia y atribuye al legislador la competencia para limitar esos derechos, como los prevee el artículo 241 del C. de R. P. y M. La incompatibilidad supone el ejercicio simultáneo de dos o mas empleos y, desde este punto de vista, es obvio que los cargos de Secretario Departamental y Contralor del Departamento no los puede ejercer a la vez una misma persona. Lo que pasa es que el artículo 62 de la Constitución reservó a la ley la determinación de los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; etc. y, entonces, es claro que en cuanto a calidades y antecedentes respecto de cargos de origen constitucional no pueden las Asambleas establecer esas calidades y antecedentes. Tiene también fundamento jurídico la tesis de que el artículo 187 de la Constitución contiene una excepción al principio consagrado en el artículo 62, pero únicamente respecto del cargo de Contralor Departamental, por cuanto dicha norma atribuye a las Asambleas la facultad de "organizar la

Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años", en la cual está implícita la de fijar o determinar inhabilidades o calidades al Contralor Departamental. Pero lo que sí no se presta a duda alguna es que respecto del resto de funcionarios de las Contralorías Departamentales las Asambleas tienen aquella facultad. Sinembargo, la situación ahora es diferente porque el Acto Legislativo No. 1 de 1968, artículo 59, (Art. 190 de la codificación constitucional) señaló los requisitos o calidades para el cargo de Contralor Departamental. Las Asambleas no pueden hoy, por esta razón fijarle al Contralor calidades o inhabilidades, conceptos que ciertamente guardan bastante similitud por lo cual tanto las unas como las otras deben estar consignadas en la Constitución o, a falta de ella, en la ley, para los cargos de creación constitucional o legal pero no en Ordenanzas y Acuerdos, los que sólo los pueden establecer para cargos creados por tales normas, respectivamente. Las Asambleas carecen, por consiguiente, de facultad para establecer nuevos requisitos, calidades o inhabilidades que se contrapongan a aquellas calidades, implícita o explícitamente. Los cargos de origen constitucional no pueden estar sujetos, como en el caso presente, a inhabilidades en un Departamento y en otro no, o a distintas inhabilidades en los varios Departamentos. (Salvamento de Voto de los Consejeros Dres: Alfonso Castilla Sáiz, Alfonso Arango Henao, Eduardo Aguilar Vélez, Jorge Dávila Hernández, Lucrecio Jaramillo Vélez y Humberto Mora Osejo, en la sentencia de mayo 15 de 1972. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la cual fué Ponente el Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía. Actor: Teófilo Rosero E. Acción electoral contra el acto administrativo por medio del cual la Asamblea de Nariño eligió Contralor General del Departamento). (Ver Nos. 47 y 69 del índice). 581

47. ELECTORALES.

En el problema electoral es necesario distinguir entre la inelegibilidad y la incompatibilidad. Reformas constitucionales que han restringido el ámbito de autonomía administrativa regional. Esfuerzo jurisprudencial que debe hacerse para salvar lo poco que queda de la autonomía regional. Si es cierto que la ley es la única que puede establecer incompatibilidades, nada impide que las ordenanzas puedan establecer inhabilidades para desempeñar ciertos cargos. El Ord. 8o. del Art. 187 de la Constitución, que dispone que corresponde a las Asambleas organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años, les permite señalar causales de inhabilidad para desempeñar el mencionado cargo. Frente al problema electoral, ya se trate de elecciones populares, ya de las que realicen las Corporaciones Públicas es necesario distinguir entre la inelegibilidad y la incompatibilidad que en esencia se diferencian por la finalidad que ambas persiguen. La inelegibilidad tiene por objeto garantizar la regularidad del proceso electoral excluyendo de

él a ciertas personas que, por su particular posición, situación o influencia pueden efectiva o potencialmente influír, perturbar o cambiar la libre voluntad de los electores; la incompatibilidad, en cambio, tiene como fin asegurar el ejercicio regular de la función pública, prohibiendo la acumulación de cargos en una sola persona, o la presencia, en una determinada corporación, de personas que tienen entre sí vínculos de parentesco por consanguinidad o afinidad e igualmente la imparcialidad que la función pública exige frente a las cuestiones electorales que son esencialmente políticas. Por otro aspecto se distinguen también ambas en que mientras la inelegibilidad se basa en imposibilidad jurídica de ser elegido válidamente y en consecuencia inválida de raíz la investidura, la incompatibilidad produce como consecuencia la imposibilidad jurídica de conservar el cargo en la administración cuando se ha sido designado para otro por un funcionario o por un cuerpo colegiado. El artículo 62 de la Constitución establece que "la ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones", cosa muy distinta a las inhabilidades o motivos de inelegibilidad. De acuerdo con lo anterior es claro que si de conformidad con el texto constitucional sólo a la ley corresponde fijar las incompatibilidades para el ejercicio de las funciones públicas, no hay impedimento legal alguno para que las Asambleas Departamentales establezcan inhabilidades o motivos de inelegibilidad de los funcionarios cuyo nombramiento les está asignado. El inciso 3o. del artículo 190 de la Constitución señala las calidades mínimas para desempeñar el empleo de Contralor Departamental y el 62 reserva a la ley la determinación para casos particulares de incompatibilidad de funciones y las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos en los casos no previstos por la misma Constitución. No se hace mención de las inhabilidades. La armonización de la vieja contienda histórica entre centralización y descentralización se resolvió desde 1886 con la fórmula del señor Núñez que él mismo explicó como el principio de la centralización política y la descentralización administrativa. La regla general consiste en que la competencia para administrar los bienes y rentas regionales corresponde a Asambleas y Concejos. La excepción debe tener orígen constitucional bien porque la misma Constitución la consigne o porque autorice a la ley para hacerlo. Se requiere pues regla expresa para que rija lo excepcional. Reformas constitucionales posteriores a 1886 han restringido el ámbito de la autonomía administrativa regional y autorizando a la ley para señalar límites al ejercicio de las potestades propias de Asambleas y Concejos. La reforma de 1968 fortaleció el sistema excepcional como puede observarse en el artículo 187 pero dejó libres algunas de las potestades propias del ámbito local. Así, aunque las Contralorías Departamentales se crearon por la Carta la facultad para organizarlas se dejó a las Asambleas sin expresa sujeción a reglamentos legales. Si organizar es establecer normas para asegurar la armonía, órden y dependencia de las partes que componen un conjunto, parece evidente que quien tiene la facultad para eso en cuanto hace a algún servicio público puede

señalar las calidades indispensables para ejercer cada función, el modo de ejercerla y los inconvenientes para designar a su encargado. Si se compara el numeral octavo con otros del mismo artículo 187 de la Constitución puede verificarse que en él no se hace referencia alguna a las condiciones adoptadas por ley. Desde luego la ordenanza no podría contrariar las condiciones y las revistas en el estatuto fundamental o en sus reglamentos legales pero no habiéndolos en relación con inhabilidades para ejercer el destino de Contralor debe respetarse el principio general de la descentralización administrativa en la pequeña porción que aún se reconoce a las regiones para arreglar los asuntos que naturalmente les incumben. No debe olvidarse que buena parte de los infortunios que registra nuestra historia tuvieron su orígen en la pretensión de sujetar a los poderes centrales el ejercicio de facultades que por su naturaleza, vista la diversidad de las idiosincrasias de los habitantes del territorio, compete a sus directos representantes locales. Agregar a las muchas limitaciones ya existentes otras no previstas expresamente en estatutos de superior jerarquía, por la vía de la interpretación jurisprudencial es políticamente desaconsejable y por razones históricas peligroso. Este modo de entender el régimen jurídico vigente en nada se opone al artículo 241 del Código de Régimen Político y Municipal porque la adopción de inhabilidades en cuanto adicionen los requisitos o prohibiciones de la ley o de la Constitución en lugar de restringirlas, están conformes con el citado precepto. Conviene llamar la atención acerca de que la regla del artículo 241 se refiere a destinos públicos que tengan mando o jurisdicción. Estos conceptos pueden interpretarse con mayor o menor amplitud pero en sentido estricto ejercer autoridad que es tanto como tener mando supone que se es competente para dar órdenes, desde luego con subordinación al derecho, y emplear la fuerza pública para obtener su obediencia y jurisdicción la de desatar las contiendas de derecho con fuerza de verdad legal que es lo que corresponde en sentido estricto a los jueces. Los Contralores Departamentales son tan solo veedores de la buena administración de los bienes y rentas seccionales. No hay inconveniente legal o constitucional para que las Asambleas establezcan inhabilidades inspiradas por la necesidad de proteger según la idiosincrasia particular de sus habitantes, la buena administración de sus asuntos y en especial de sus patrimonios ni contraría la conveniencia y el órden general que tales inhabilidades sean diferentes en uno y en otro departamento según las características y tradiciones de la vida de cada comunidad. Las inhabilidades adoptadas por la Asamblea de Nariño se explican ahora con mejores razones que antes de la reforma de 1968 visto el incremento de los poderes centrales que se ejercen a través de los empleados designados directa o indirectamente por el gobierno nacional. La ordenanza objetada se encamina a librar a la Asamblea de tales perniciosas influencias con el fín de escoger con mayor libertad a quienes hayan de vigilar como sus mandatarios el manejo de los fondos departamentales cuyo ordenador es agente del gobierno central. (Sentencia de Mayo 25 de 1973. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía. Con salvamento de voto de los Consejeros Dres: Alfonso Castilla Saiz, Alfonso Arango Henao, Eduardo Aguilar Vélez, Jorge Dávila Hernández, Lucrecio Jaramillo Vélez, Humberto Mora Osejo. Actor: Teófilo Rosero E. Acción electoral contra el acto administrativo por medio del cual la Asamblea de Nariño eligió Contralor Gral. del Departamento). (Ver Nos. 46 y 69 del índice). 581

48. ELECTORALES. VALIDEZ DEL VOTO EN BLANCO.

Los votos en blanco no pueden considerarse como válidos, sino a lo sumo como neutros, y no deben incluirse para efectos de obtener el cuociente electoral, porque se desvirtúa el sistema de la representación proporcional si tales votos influyen en el señalamiento de los candidatos a elegir. Nuestro sistema de la representación proporcional consiste en que cada partido tenga en el congreso y demás cuerpos colegiados un número de representantes que corresponda, en forma aproximada a la importancia numérica de sus fuerzas en las urnas. Este sistema es el único que permite la representación de toda la opinión pública y no únicamente de las mayorías. Si se acepta que los votos en blanco deben incluirse para efectos de obtener el cuociente electoral, obviamente se está desvirtuando el sistema de la representación proporcional, porque tales votos estarían influyendo en el señalamiento de los candidatos a elegir. Se le da entonces al voto en blanco un valor que no tiene. No constituye él, electoralmente hablando, una expresión del querer del votante. Este se niega a votar por alguno de los candidatos elegibles por motivos que no es del caso analizar. Indudablemente quien vota en blanco se coloca fuera del sistema, no gusta de manifestar su opinión en relación con los que han de participar en el manejo de la Cosa Pública. Cuando la Constitución habla de votos válidos, es claro que se está refiriendo a los votos que tienen algún poder electoral decisorio y no a votos que nada expresan jurídicamente, aunque políticamente puedan considerarse como una expresión contra el sistema existente. La ley colombiana pocas referencias hace al voto en blanco. El artículo 124 de la ley 85 de 1916 se refiere a él en los siguientes términos: "Se considera como voto en blanco el que no exprese de modo inteligible el nombre y apellido de la persona a cuyo favor se vota". Y agregaba la ley: "Igualmente se reputarán como en blanco los votos dados a favor de las mujeres". De tal manera que si el voto en blanco es aquel que no exprese de manera inteligible el nombre y apellido de la persona a cuyo favor se vota, también se puede considerar como tal el que no exprese nombre alguno. Y si de otro lado se reputaba como blanco el voto emitido a favor de mujeres, cuando estas no gozaban de los derechos políticos, no se vé motivo para que pueda considerárseles como válidos, con el solo argumento de que no están prohibidos por la ley. El voto en blanco no puede pues considerarse como válido para los efectos constitucionales. A lo sumo podrán considerárseles

como neutros. Además, el problema planteado tiene mucho que ver con las matemáticas. Así por ejemplo si se le diera valor al voto en blanco, pudieran quedar casillas de representación sin proveer, pues se llegaría al absurdo de que el partido de los votantes en blanco se les pudiera adjudicar uno o varios puestos, dado el volumen de votadores en tal sentido, sin que las personas elegibles pudieran ocupar las posiciones. Pero hay otro argumento más: El artículo 126 de la misma ley 85 preceptúa: "Terminado el escrutinio, se lee su resultado, en voz alta y se permite tomar nota de él a quien quiera hacerlo. "En seguida, se cerrarán en un paquete las papeletas que hayan servido para la votación; pero antes se formarán paquetes especiales de las que hubieren sido declaradas votos en blanco o nulos, que se incluirán en el paquete general". De tal manera que la ley ordena formar de los votos en blanco y de los votos nulos un paquete especial distinto al de las papeletas que hayan servido para la votación, lo que está indicando que los votos en blanco no se deben tener en cuenta para ningún efecto. (Sentencia de marzo 3 de 1972. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez. Actor: Nelson Robles y otro. Acción electoral contra la declaratoria de elección de Concejales para el Distrito Especial de Bogotá en las elecciones de Abril 19 de 1970). 543

49. EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION.

La facultad discrecional de la Administración de nombrar y remover libremente a sus empleados subalternos, tiene como finalidad facilitarle a aquélla la manera de prescindir de los servicios de funcionarios que no constituyen garantía suficiente para el "buen servicio". Desviación de poder por no adecuación de los móviles de los actos de la Administración a los fines perseguidos por la Ley. Es principio permanentemente instituído en nuestra legislación positiva de que los funcionarios del Estado deben encaminar todas sus actividades al mejoramiento del servicio público. Es evidente que a excepción de quienes gozan de una inamovilidad relativa por ampararlos un estatuto o fuero especial o por pertenecer a la carrera administrativa, los Agentes del Gobierno están revestidos de lo que se denomina facultad discrecional de libre nombramiento y remoción de sus empleados subalternos. Pero es necesario dejar sentado que esa atribución no se les ha conferido con la finalidad de acomodar la función pública a sus propios caprichos o intereses, sino todo lo contrario, de facilitarles la manera de prescindir de los servicios de funcionarios que no constituyen garantía suficiente para una buena administración, y de nombrar a personas que consideren capaces e idóneas para el mejor desempeño del cargo que se les confía. Cualquier otro motivo que se tenga en cuenta, ajeno a la marcha recta y eficiente de la Administración, no es digno de la Institución o del funcionario que lo alegue. En un Estado de Derecho, la facultad de libre nombramiento y remoción no

equivale a la arbitrariedad, pues el otorgamiento de facultades, por amplias que ellas sean para apreciar los hechos y tomar las decisiones más convenientes al bien común y, concretamente, al "buen servicio", supone una subordinación de medio a fín; sin ésta el poder discrecional degeneraría en la arbitrariedad que es la total negación del Estado de Derecho. En tal virtud, si un acto realizado en ejercicio de un poder discrecional es contrario a los fines de la Ley, o no hay adecuación entre el móvil de aquél y el buen servicio, el acto está viciado de nulidad. El derecho positivo colombiano y las legislaciones de la mayoría de los Estados modernos, consagran instrumentos jurídicos para garantizar la subordinación de los medios al fín, uno de los cuales es la Institución conocida como "la desviación de poder" (Artículo 66 del C.C.A.), que esta Corporación ha definido así: "La desviación de poder consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, lo ejecuta, no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otros distintos". La Administración incurre, pues, en desviación de poder cuando los móviles de sus actos no se adecúan al fin perseguido por la Ley que confiere la facultad. Cuando se inviste a un órgano administrativo de la facultad de libre nombramiento y remoción de funcionarios, significa que se le atribuye el poder para decidir sobre la investidura o desinvestidura de agentes públicos, sin sujeción a la voluntad de otro órgano y con libertad para apreciar las condiciones de idoneidad, capacidad, eficiencia, etc. de los candidatos o de los empleados en ejercicio; pero esta atribución tan amplia se otorga así, porque en ciertos casos tal procedimiento resulta ser el más indicado para lograr lo que la Administración requiere: "el buen servicio". Por consiguiente, el ejercicio de aquella potestad tiene que estar enderezado siempre hacia esa suprema finalidad, y cuando ello no sea así, bien por interés particular de el órgano nominador, ora por el propósito de perjudicar a alguien o de desconocer un derecho legítimo o de eludir un deber legal, se tipifica, entonces, la desviación de poder, pues en ninguno de estos casos concuerda el móvil del acto con aquella suprema finalidad de la Ley, procediéndose así una especie de descarrilamiento del poder conferido por ella. Ahora bien, lo antes dicho no significa que la orden de reincorporación dada en un fallo, deba entenderse como una garantía de permanencia indefinida en un cargo de libre nombramiento y remoción, pues una vez que se cumpla el reintegro, si el órgano que conserva la facultad advierte que el funcionario restablecido no es útil o no conviene a las exigencias del servicio, o encuentra a una persona más idónea para desempeñar las funciones que aquél venía ejerciendo, puede proceder a destituírlo, sin incurrir en ilegalidad. Pero, como atrás se observó, todo depende del móvil que inspire el acto. (Salvamento de Voto del Consejero Dr. Alvaro Orejuela Gómez, en la Sentencia de Mayo 5 de 1972 en la cual fue Ponente el Consejero Dr. Rafael Tafur Herrán. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor:

Helgidio Ramírez Jaramillo. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. JD-007 de septiembre 29 de 1970, de la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional). (Este caso del señor Helgidio Ramírez Jaramillo, es igual al del señor Oscar Humberto Echeverry, fallado por esta misma Sala el 18 de febrero de 1972 con ponencia del Dr. Rafael Tafur Herrán y salvamento de voto del Consejero Dr. Alvaro Orejuela Gómez, cuyos extractos fueron publicados en el Boletín de febrero último)..... 381

50. EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION.

La facultad discrecional del Ejecutivo para nombrar y remover libremente a sus agentes y empleados, no amparados por estatuto alguno, en ningún caso se suspende. La facultad discrecional de que está investido el Ejecutivo para nombrar y remover libremente a sus agentes y empleados, no amparados por estatuto alguno, en ningún caso se suspende. Esta atribución legal la conserva la Administración aún en el evento de que el empleado se encuentre en uso de licencia voluntaria o por enfermedad, disfrutando de vacaciones etc. En todos estos casos puede ser declarada su insubsistencia, y esta decisión tiene plena validez. Cuestión muy distinta es el hecho de las sanciones que se le imponen a la Administración, si, por ejemplo, se despide a una empleada en licencia por maternidad, deberá indemnizársele; o a un funcionario, igualmente en goce de licencia por enfermedad, tiene derecho a que se le continúe el tratamiento médico, farmacéutico, hospitalario o quirúrgico; pero en todos los casos la declaración de insubsistencia, no queda afectada de nulidad. (Auto de junio 8 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Arturo Escobar Vélez. Acción de plena jurisdicción contra el Decreto No. 2916 de octubre 28 de 1968 y la Resolución 1921 de septiembre 14 de 1971, dictada por el Ministerio de Comunicaciones)..... 265

51. EMPLEADOS DEL SERVICIO EXTERIOR.

Cómo se liquidan y pagan sus prestaciones sociales:. El artículo 76 del Decreto 2016 de 1968, dice: –"Las prestaciones sociales de los empleados del Servicio Exterior se liquidarán y pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del presente estatuto y salvo lo previsto en el artículo 66"–. El artículo 12 establece la equivalencia con el Servicio Exterior por ejemplo, para el caso sub-júdice, la de Embajador con la de Secretario General del Ministerio. Además, el art. 66 se refiere a las pensiones de jubilación de los empleados de carrera igualándola en su base con las asignaciones de Ministros. De conformidad con el art. transcrito, las

prestaciones sociales de los empleados del Servicio Exterior, se liquidan y pagan de acuerdo con la asignación equivalente en el cargo del Servicio Interno, del ramo de Relaciones Exteriores. Esta disposición debe interpretarse en el sentido de que la liquidación y pago de prestaciones sociales, de empleados del servicio de relaciones exteriores se hace en pesos colombianos con referencia a la equivalencia en el Servicio Interno, y por lo mismo, si existieren cuotas de afiliación o periódicas insolutas debe en el momento de operarse la liquidación y pago, descontarse con referencia al sueldo del cargo del servicio interno del Ministerio de Relaciones que es obviamente, en pesos colombianos. (Sentencia de febrero 11 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección II. Consejero Ponente: Dr. Nemesio Camacho Rodríguez. Actor: Lucio Pabón Núñez. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. J-5860 de 1969 proferida por la Caja Nacional de Previsión). 297

52. EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA.

Origen y evolución de su régimen jurídico. Prerrogativas constitucionales y legales del Concejo Municipal y del Alcalde en lo que dice relación a la Administración de los bienes, rentas y servicios del distrito de Pereira. Competencia del Concejo para elegir a los miembros integrantes de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Pereira. La entidad de derecho público denominada Empresas Públicas de Pereira tuvo su origen en dos decretos legislativos dictados por la Junta Militar de Gobierno que facultaron al alcalde de esa ciudad para su creación y señalaron las bases generales de su funcionamiento y dirección. Para dictar el primero de los decretos, el 273 de 1957, la Junta Militar se apoyó en el acto legislativo número 5 de 1954 dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, según el cual el legislador podría autorizar a los Departamentos y Municipios para la creación de establecimientos públicos dotados de personería jurídica autónoma para la prestación de uno o más servicios. El número 66 de 1958 lo fundó en el artículo 121 de la Constitución Nacional. Como lo enseña la historia, la Junta Militar de Gobierno desempeñó las funciones propias del Presidente de la República desde el 10 de mayo de 1957 hasta el 7 de agosto de 1958 y su administración fue una especie de puente entre el régimen de facto depuesto en aquella fecha y el orden democrático constitucional que rige a partir del primero de diciembre de 1957, cuando el pueblo por impresionante mayoría manifestó su voluntad directa y libre de regresar al imperio de las normas de la Constitución Política de Colombia de 1886 con las reformas de carácter permanente introducidas hasta el acto legislativo número 1 de 1945 y a las que se consignaron en el texto mismo del decreto de convocatoria al pueblo para plebiscito nacional. De tal suerte que en vigencia la reforma constitucional de primero de diciembre de 1957 dejó de regir el acto

legislativo número 5 de 1954 en que se fundó la Junta Militar para autorizar la creación de las Empresas Públicas de Pereira. No así el decreto legislativo número 66 de 1958 que dictó la Junta Militar en desarrollo de las facultades extraordinarias del artículo 121 de la Constitución Nacional por encontrarse la República en estado de sitio. Tal decreto, al igual que todos los demás expedidos con invocación de la citada norma, fue adoptado como ley por las leyes números 2 de 1958, 105 de 1959, 79 de 1960 y 141 de 1961. La anterior exposición solo tiene como finalidad poner de presente que la creación de las empresas Públicas de Pereira tuvo lugar en momentos de gran trastorno institucional, cuando el régimen de derecho estaba suspendido y los órganos encargados de la administración de los bienes departamentales y municipales habían desaparecido. De lo contrario ninguna autorización especial hubiese necesitado el Concejo de Pereira para su creación, bastándole ejercitar las facultades constitucionales y legales que tales corporaciones tienen para ordenar por medio de acuerdos lo conveniente para la administración del distrito, bien sea directamente o por medio de empresas descentralizadas (artículo 197 de la Constitución Nacional y 169 del Código Político y Municipal). Pero es evidente que desde el momento mismo en que volvió a regir el régimen constitucional la administración de los bienes, rentas y servicios de las entidades territoriales la readquirieron las Asambleas y Concejos por mandato de las normas que garantizan la descentralización administrativa, esto es, que los Departamentos y Municipios gozan de independencia respecto del poder central para administrar tales bienes y rentas al través de Asambleas y Concejos con las limitaciones que establecen la Constitución y las leyes. Además hay ciertos actos legislativos que cesan en su eficacia legal por virtud de las llamadas causas intrínsecas, que están implícitas en la misma norma, auncuando no haya disposición que las derogue expresamente. Tales son, por ejemplo, las que establecen un impuesto extraordinario por determinado tiempo, o cuando se alcance el fin que el legislador se propuso o las que se dictan mientras dura una situación anormal, las que reciben el nombre de leyes transitorias. Entre estas últimas encajan perfectamente los decretos legislativos dictados por la Junta Militar de Gobierno y que autorizaron al Municipio de Pereira para crear las Empresas Públicas encargadas de la administración de los servicios municipales, que de no existir la situación de anormalidad institucional ya recordada no se hubieran necesitado puesto que tal facultad la tenía de derecho el Concejo de Pereira. Restablecida la normalidad constitucional tales ordenamientos transitorios cesaron en su eficacia legal y el Concejo adquirió de nuevo la totalidad de las prerrogativas constitucionales y legales en todo lo que dice relación con la administración de los bienes, rentas y servicios del distrito de Pereira. Fácil resulta concluir entonces que el alcalde carece de aptitud legal, vale decir, de competencia para nombrar a los miembros integrantes de la Junta directiva de las Empresas Públicas de Pereira, tanto porque el decreto número 66 de 1958 que invocó el funcionario para hacerlo dejó de regir como

porque el Concejo de esa ciudad en legal forma reglamentó de modo diferente la composición y nombramiento de la citada Junta. La anterior argumentación es igualmente válida para anular de manera total la elección hecha por el Concejo en la sesión del día 12 de marzo de 1971 de dos miembros principales con sus respectivos suplentes en la junta directiva, puesto que la verificó como atribución conferida por el mismo decreto legislativo número 66 de 1958. Lo que ha debido hacer el Concejo es proceder a la elección de los seis miembros principales con sus suplentes según la reglamentación fijada en el acuerdo 9 de 24 de enero de 1971 o en el que estuviese vigente, puesto que ya quedó dicho que para ello tiene plena competencia constitucional. No podría argumentarse con razón que si el Concejo podía elegir seis miembros bien hubiese podido elegir sólamente dos, como ejercicio parcial de su competencia, sin que fuese causa suficiente para invalidarla el simple error en la invocación de la norma de donde dimana la facultad, toda vez que la elección fraccionada lleva al quebrantamiento de la norma del artículo 172 de la Constitución Nacional que manda que en toda elección que haga una corporación pública debe emplear el sistema del cuociente electoral, que allí se indica cómo funciona, a fin de asegurar la representación proporcional de los partidos y los grupos que intervienen en la elección. Violación en que también incurrió el Consejo al hacer la elección acusada puesto que en lugar de verificarla mediante una sola votación la hizo en dos votaciones sucesivas, con lo que desconoció el derecho de las minorías. (Ver Nos. 45 y 79 del índice). 552

53. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.

La actividad del Estado. Características y diferencias entre los tres tipos de entidades descentralizadas. Como es bien sabido, con el transcurso del tiempo y la evolución de la concepción del Estado, las tareas que eran propias del Estado se han ampliado considerablemente. Así, en la actualidad y de acuerdo con la orientación del Estado, al mismo tiempo que se considera que al Estado continúan correspondiéndole determinadas funciones en forma propia y exclusiva y la prestación de algunos servicios directamente, se estima también que hay otros servicios que deben ser asumidos por el Estado valiendose para ello de entidades descentralizadas. Las entidades descentralizadas en nuestro país, son de tres tipos distintos: Los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta (Art. 1o. Decreto 3130 de 1968). Sin entrar a señalar todas las características y diferencias entre estas tres entidades, por no ser necesario para el caso que ocupa a la Sala, es conveniente, sinembargo, hacer referencia a algunas de ellas: así, si estas tres entidades deben ser creadas o autorizadas por la Ley y si todas ellas también con modalidades y en diverso grado, deben seguir la orientación del Estado, se

diferencian en que mientras a los Establecimientos Públicos se les da como encargo principal, atender funciones administrativas, conformándose a las reglas del derecho público, a las Empresas Industriales y Comerciales y a las Sociedades de Economía Mixta se les da por finalidad el desarrollo de actividades industriales y comerciales sujetándose, en principio, al derecho privado (Arts. 5o., 6o. y 8o del Decreto 1050 de 1968). Cabe anotar, en cuanto a la actividad industrial y comercial que mientras ella es excepcional para los Establecimientos Públicos, esa es la actividad propia y característica, normal, de las otras dos entidades, las Empresas y Sociedades a que se ha venido haciendo referencia. Al actuar así, como es bien sabido y repetido también, el Estado entra en dominios que en otra época y circunstancias se hubieran atribuído a los particulares. Se añade que si el Estado así lo hace es precisamente para sustituír la iniciativa privada o suplirla o concurrir con ella en la prestación de servicios que se estiman esenciales o de interés general para la colectividad. Para prestar esos servicios bien puede pues el Estado hacerlo sin despojarse de sus prerrogativas de autoridad, como en el caso de los Establecimientos Públicos, o buscando actuar, en grados diversos, como los particulares por medio de las Empresas Industriales y Comerciales y de las Sociedades de Economía Mixta. Actuando como los particulares, se ha dicho, lo que es evidente en la Sociedad de Economía Mixta que se constituye bajo la forma de sociedad comercial –y en la que es posible que el Estado se reduzca a ser un simple accionista, igual a cualquier otro e igualmente aplicable relativamente a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado ya que una de las características de estas dos entidades, que es de su esencia si puede decirse, que es la razón de su creación, para lograr por lo menos una gestión más flexible, es que se sujeten en principio al derecho privado, que se muevan dentro del llamado régimen de competencia, que en general se sujeten en su actuación, y en este aspecto hay que hacer hincapié, a las mismas normas que regulan, en el campo en que se ocupan, la actividad de las personas privadas. Así, creada por la Ley una Empresa Industrial y Comercial del Estado, si ese es el caso, si el de una parte en sus funciones, actividades y actos y destino de sus bienes o recursos debe ceñirse a la Ley (Art. 30, Decreto 1050 de 1968), de otra parte, en general y más allá de lo que señalan esas prescripciones, en el desarrollo de su actividad queda sometida a actuar conforme a las reglas del derecho privado salvo las excepciones que consagre la ley (Art. 6o., Decreto 1050 de 1968), es decir según el régimen que es propio de las empresas privadas, como una de ellas y en condiciones de relativa competencia e igualdad con esas empresas. (Concepto de junio 16 de 1972. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Mario Latorre Rueda. Consulta formulada por el señor Ministro de Salud. Publicación autorizada con oficio No. 10174 de julio 3 de 1972). (Ver Nos. 98 y 99 del índice). 170

F

54. FALSA MOTIVACION.

Como causal de anulación de los Actos Administrativos. Sin que sea menester entrar a analizar la falsa motivación como fundamento para anular un acto administrativo, ni si ha de tenérsela o no como causal autónoma al efecto y demás disquisiciones a que el punto se ha prestado principalmente en la doctrina francesa, el hecho es que la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir del fallo de la Sala Plena Contenciosa de fecha 25 de agosto de 1969 ha venido aceptándola como motivo de anulación pero sólamente en cuanto entrañe desviación de poder o ejercicio de las atribuciones legales con fines distintos al buen servicio público, y desde luego también cuando es manifiesta la disconformidad de los motivos expresados, con la realidad. (Sentencia de abril 3 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Tafur Herrán. Actor: Leopoldo Sánchez Campo. Acción de plena jurisdicción contra varios actos del Ministerio de Justicia)..... 249

55. FUNCION CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO.

Su naturaleza y órbita. La naturaleza y órbita de la función consultiva atribuída al Consejo de Estado están perfectamente definidas y delimitadas en la Constitución, ord. 1o. del Artículo 141, y precisadas aún más en la ley 50 de 1967, numeral 2 de la letra b) del Artículo 4o.. Según la primera de tales disposiciones el Consejo de Estado actúa "como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración", y debe ser necesariamente oído en todos los casos en que la Constitución y la Ley así lo ordenen. A renglón seguido, el mismo artículo establece los casos en que el Gobierno debe oír obligatoria y previamente al Consejo, a los que debe agregarse el previsto en el numeral 10 del Artículo 120 de la Constitución, y declara que dichos dictámenes no son obligatorios, con la excepción del regulado en el Artículo 212. En la Ley 50 citada se prescribe que la Sala "absolverá las consultas jurídicas de orden administrativo y de carácter general que le someta el Gobierno". Para un entendimiento lógico de estos preceptos puede distinguirse la función consultiva que corresponde al Consejo como totalidad, esto es, a la Corporación en pleno, de la que compete a esta Sala. La primera se ejerce en los casos señalados por la Constitución, que son los de los Artículos 28, 120, numeral 10, 121, 122 y 212, en todos los cuales es para el Gobierno obligatoria la consulta previa, lo que induce a pensar que se trata de la aplicación de un mecanismo de moderación del ejercicio de las facultades

gubernamentales respectivas que, además y como es evidente, no son facultades estrictamente administrativas y se refieren a situaciones de suyo extraordinarias. En cambio, a esta Sala compete solamente el despacho de las consultas facultativas u opcionales del Gobierno sobre problemas jurídicos de carácter general que se presenten en el giro ordinario de la administración, circunstancias en las cuales esta Sala del Consejo presta una función de asesoría y orientación, con un sentido técnico-jurídico distintos al de moderación y control que tiene cuando actúa el Consejo Pleno y el Gobierno está forzado a oírlo. El origen histórico del Consejo de Estado como entidad consultiva y la aplicación continuada de esa asesoría, confirman el criterio de la Sala en el sentido de que las consultas que se le someten solo pueden tener origen gubernamental, deben referirse exclusivamente a cuestiones de naturaleza administrativa y de carácter jurídico. Esto es, que la Sala es una entidad asesora del Gobierno; que éste puede consultarla directamente en lo atinente al ejercicio de sus funciones, pero dentro de la órbita de su competencia. Con lo cual se afirma que las consultas, según la definición que de "Gobierno" da el artículo 57 de la Constitución, solo pueden presentarlas el Presidente de la República, los Ministros y Jefes de los Departamentos Administrativos, en relación con los asuntos que la ley le atribuye o que el Presidente les haya delegado o repartido. (Concepto de marzo 13 de 1972. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica, con Salvamento de Voto de los doctores: Mario Latorre Rueda y Alberto Hernández Mora. Consulta formulada por el señor Ministro de Justicia en Agosto 12 de 1971, relacionada con la Proposición No. 34 de la Cámara de Representantes de citación a los Ministros de Gobierno y Justicia para que respondan a un cuestionario sobre diferentes temas de la Constitución Nacional. Publicación autorizada con oficio de julio 13 de 1972). 79

H

56. HOSPITAL MILITAR CENTRAL.

Constitucionalidad de sus estatutos de personal. El artículo 9o. del decreto 3210 de 1953 facultó a la Junta Directiva del Hospital para elaborar los estatutos del mismo, los cuales debían ser aprobados por el Gobierno Nacional. Posteriormente el Decreto-Ley 1050 de 1968, en su artículo 26, al señalar las facultades de las juntas directivas de los establecimientos públicos indicó la de "adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno". Y por último el decreto 3130 del mismo año de 1968, en relación con el estatuto de personal dispuso en el Art. 38 que "las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del

Estado, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de expedición del presente decreto, elaborarán para aprobación del gobierno el proyecto de estatuto de su personal en el que se determinen las condiciones para la creación, supresión y fusión de cargos y de acceso al servicio; las situaciones administrativas y el régimen disciplinario; el campo de aplicación de la carrera administrativa y los correspondientes procedimientos; lo mismo que todo lo referente a la *clasificación y remuneración de los empleos, primas o bonificaciones, gastos de representación, viáticos, horas extras, prestaciones sociales* y requisitos para el otorgamiento de comisiones en el interior o en el exterior del país". (Subraya la Sala). En desarrollo de esta facultad la Junta Directiva del Hospital Militar Central, mediante el acuerdo Nro. 1 de 1969, expedido el 20 de noviembre, esto es dentro de los doce meses señalados en la norma transcrita atrás, adoptó el Estatuto de Personal de la entidad. Este acto fue aprobado por el Gobierno mediante el decreto 2155 de 1970, el cual aparece publicado en el Diario Oficial No. 33217 de 22 de diciembre del mismo año. El artículo 57 del mencionado acuerdo indicó las primas y bonificaciones a que tendrían derecho los empleados al servicio del Hospital, y el artículo 59 enfáticamente dispuso que "las asignaciones, primas y bonificaciones señaladas en los artículos anteriores son las remuneraciones exclusivas de los empleados y trabajadores del Hospital Militar Central, y en consecuencia no son susceptibles de aumentos o complementos salariales de ninguna clase". Ahora bien: se dice que la ley 65 de 1967 que otorgó facultades al Presidente de la República para, entre otras "establecer las reglas generales a las cuales deben someterse los institutos y empresas oficiales en la creación de empleos y en el señalamiento de las asignaciones y prestaciones sociales de su personal y régimen de servicio", fué violada porque el Gobierno se excedió en ella, al disponer que los estatutos de personal serían proferidos dentro de los doce meses siguientes a la fecha de expedición del decreto 3130 de 1968. No lo cree así la Sala. En efecto: El Gobierno fijó las reglas generales a las cuales se deben someter los Institutos descentralizados y en la creación de empleos y en el señalamiento de las asignaciones. Esto, obviamente, lo hizo antes de vencerse las facultades otorgadas en la ley. Por lo hecho de conceder un plazo de doce meses para que los Institutos se sometieran a las pautas dadas en el decreto-ley, no puede concluirse que se prorrogó asímismo las facultades. Nada más absurdo e injurídico. La Ley lo autorizó para señalar pautas generales a estos establecimientos públicos en materia de creación de empleos y fijar asignaciones, y ello fué precisamente lo que se hizo. La aprobación que debe impartir el Gobierno a los estatutos generales y al de personal, está originada en el control de tutela que debe tener el Gobierno en relación con los entes descentralizados. Este control de tutela no es temporal sino permanente. De tal manera que el decreto 2155 de 1970 no es dictado en virtud de las facultades temporales de la ley 65 de 1967, sino en virtud de un poder de control que tiene el Gobierno sobre los Institutos. Este control existía desde antes de la mencionada ley, pues ya se dijo que el decreto 1494

de 1965 fue dictado en virtud del mismo control previsto desde el año de 1963. Decir ahora que por el hecho de que el Gobierno apruebe unos estatutos de un establecimiento público se está prorrogando las facultades de la ley que autorizó para reorganizarlos, es tesis que no puede compartir la Sala. Es lógico entonces que el Consejo aplique los nuevos estatutos del Hospital Militar, pues ellos no están por fuera del marco constitucional. Y esta aplicación debe hacerse desde la fecha de la publicación del Decreto que les impartió aprobación, pues si necesitan de ésta, es claro que no pueden entrar a regir mientras ella no ocurra. (Sentencia de Junio 19 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez. Actor: Guillermo Lara Hernández. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos: 299 de diciembre 9 de 1970 y 147 del 9 de marzo de 1971 expedidas por el Hospital Militar Central.)..... 416

I

57. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES.

Lo resuelto en uno o en otro sentido no está sujeto a recurso alguno. Es bueno recordar el artículo 103 del C.C.A., cuando al hablar de los impedimentos y de las recusaciones, dice que lo resuelto en uno o en otro sentido, *no está sujeto a recurso alguno,* lo que vale decir que queda en firme como ley del proceso y que por lo mismo no puede sustentarse sobre ella una posible nulidad de la actuación, conforme al artículo 113 del C.C.A. (Auto de mayo 2 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Arango Henao. Actor: Instituto Santiago Gutiérrez (Cáqueza). Acción de plena jurisdicción contra las ordenanzas No. 1 de marzo 16 de 1971 y No. 42 de 1971 de la Asamblea de Cundinamarca. 467

58. IMPUESTO A LOS CIGARRILLOS DE PROCEDENCIA EXTRANJERA.

Distribución del Impuesto. Cómo se distribuye el impuesto a los cigarrillos de procedencia extranjera? : La renta de cigarrillos extranjeros ha sido y continúa siendo nacional, así se haya cedido su producto a las entidades territoriales. El ordinal 1o. del inciso 3o. de la Ley VIII de 1909, dijo que: "La renta de fabricación de cigarrillos continuará siendo nacional". El artículo 2o. del Decreto 1626 de 1951 dijo que el impuesto de los cigarrillos de procedencia extranjera se recaudaría en la Aduana en el momento de la nacionalización de la mercancía, que se incorporaría en el presupuesto

nacional y su producto se distribuiría por el Ministerio de Hacienda entre los Departamentos, Intendencias y Comisarías, en proporción al consumo de cigarrillos nacionales en cada uno de ellos, en el año inmediatamente anterior. Vale la pena anotar, para efectos posteriores, que para nada se mencionó el Distrito Especial de Bogotá. Finalmente el artículo 1o. de la Ley 19 de 1970 estableció: "Los cigarrillos de procedencia extranjera estarán sujetos a un *impuesto de consumo a favor* de los Departamentos, del Distrito Especial de Bogotá, de las Intendencias y de las Comisarías *donde se expendan*, igual al impuesto de consumo departamental que paguen los cigarrillos de producción nacional de mayor precio. Dicho impuesto será liquidado y recaudado en la misma forma establecida para los impuestos correspondientes a los cigarrillos de fabricación nacional". (Subraya la Sala). Con anterioridad a esta ley el Distrito Especial de Bogotá no tenía participación en los cigarrillos de procedencia extranjera pues tan solo la tenía en los de producción nacional y era equivalente a un 20% sobre el producto bruto que se cause en el territorio del Departamento de Cundinamarca incluyendo el Distrito Especial de Bogotá. Pero ya la ley 19 le dió participación, sinembargo, se la limitó a los cigarrillos que se expendan dentro del Distrito Especial de Bogotá, es decir excluyó los que se expendan en el Departamento de Cundinamarca, sin la distribución porcentual que había para los cigarrillos de producción nacional. Era libre el legislador de cambiar la forma de distribución y así lo hizo toda vez que hasta el momento de la Ley 19 el Distrito Especial de Bogotá sólo tenía una participación en el impuesto de cigarrillos o tabacos de producción nacional. Pero al pasar a los extranjeros, perdónese la repetición, pero se hace para mayor claridad, dijo que: "Los cigarrillos de procedencia extranjera estarán sujetos a un impuesto de consumo a favor de los Departamentos, del Distrito Especial de Bogotá, de las Intendencias y de las Comisarías donde se expendan . . . . . " Ahora bien, cuál es el valor de ese impuesto: El impuesto será igual al de consumo departamental que paguen los cigarrillos de producción nacional de mayor precio. Hubo pues una norma nueva y autónoma para el Distrito Especial de Bogotá por medio de la cual se le dió participación en el impuesto de cigarrillos extranjeros, participación que antes no tenía, pero limitando dicho impuesto al lugar donde se expenda, haciendo caso omiso de la reforma de recaudo y distribución porcentual establecida en el Decreto 3258 de 1968 para lo cual el legislador estaba en su perfecto derecho. Como lo dice con mucho acierto la Sala de Decisión al confirmar el auto por medio del cual se negó la suspensión provisional, refiriéndose a la ley 19 de 1970 . . . . . "el lugar donde se vendan los cigarrillos extranjeros determina, según las voces de la ley, quien es el beneficiario del tributo. Si lo es el Departamento de Cundinamarca o el Distrito Especial de Bogotá, dependerá de que la venta se realice dentro de los límites territoriales del uno o del otro". Vino entonces el Decreto Reglamentario 008 de 1971 que en su artículo 9o. expresó: "El producto del impuesto sobre el consumo de cigarrillos extranjeros lo percibirán los Departamentos, el Distrito Especial de

Bogotá, las Intendencias y las Comisarías, en proporción al consumo de tales cigarrillos dentro de la jurisdicción de cada uno de ellos". El Decreto nada agrega ni quita a lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley 19 de 1970 pues como tantas veces se ha dicho se ordenó allí que el impuesto se causaría en el lugar donde se expendan, frase equivalente a la usada por el Decreto en donde se dice que el impuesto se percibirá en proporción al consumo de cigarrillos dentro de la jurisdicción, entre otros, del Distrito Especial de Bogotá. (Sentencia de Febrero 10 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía. Actor: Departamento de Cundinamarca. Acción de nulidad contra el Decreto Reglamentario No. 008 de Enero 11 de 1971 expedido por el Gobierno Nacional).(Ver el No. 59 del índice). 183

59. IMPUESTOS A LOS CIGARRILLOS DE PROCEDENCIA NACIONAL.

Distribución del Impuesto. Como cuestión inicial y desde luego importante se pregunta: cómo se distribuye el impuesto a los cigarrillos nacionales y cómo aquél creado para los de procedencia extranjera: Veamos la primera parte del interrogante: La Ley No. VIII de 1909 (7 de abril), sobre descentralización administrativa dictada por la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa, dispuso en el ordinal 2o. del inciso 3o. lo siguiente: "La renta de tabaco, como renta nacional, se hará efectiva únicamente sobre el consumo del artículo. En tal virtud son completamente libres, la producción y exportación del tabaco del país....." La Ley 10a. de 1909 dijo textualmente lo siguiente: "Desde la fecha en que entre en vigencia la presente ley será de propiedad de los Departamentos que quieran establecer la renta sobre consumo de tabaco, sin que en ningún caso pueda gravarse o estorbarse en forma alguna el cultivo o laboreo de las plantaciones y la preparación o aliño de la hoja hasta ponerla en estado de darla a la venta y ofrecerla al consumo público. Dichas entidades organizarán en la forma que estimen más conveniente la percepción del impuesto, pero en ningún caso podrán establecer el sistema de monopolio". No se había mencionado sino los Departamentos, pero el Decreto Legislativo 1626 de 1951 dijo que a partir del 1o. de septiembre de ese año el impuesto de tabaco continuaría haciéndose efectivo por los Departamentos, Intendencias y Comisarías, exclusivamente sobre el tabaco elaborado de fabricación nacional. Para el Distrito Especial de Bogotá el Decreto 3258 de 1968, dictado por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 33 de ese año, dijo en el inciso 5o. del artículo 1o.: "A partir del primero de enero de mil novecientos setenta la participación del Distrito Especial en el *impuesto departamental* que grava el consumo de tabaco será de un 20% sobre el producto bruto que se cause en el territorio del Departamento de Cundinamarca incluyendo el Distrito Especial de Bogotá". (Se subraya). En esta forma distribuyen las

distintas disposiciones citadas el impuesto de tabaco y cigarrillos de producción nacional para los departamentos, Intendencias, Comisarías y Distrito Especial de Bogotá. Es importante advertir en relación con el Decreto 3258 de 1968 relativa a la participación para el Distrito Especial, que esta disposición sólo puede referirse a los cigarrillos nacionales, porque habla de impuesto departamental que, como se dijo, fue cedido y organizado para los Departamentos, Intendencias y Comisarías por las disposiciones antes relacionadas. Y es evidente que ello es así, porque los impuestos departamentales de tabaco o cigarrillo sólo se refieren a los de producción nacional puesto que los de procedencia extranjera están regulados por otras normas de carácter nacional. (Ver el No. 58 del índice). 183

60. IMPUESTOS.

Competencia, según la cuantía, del Consejo de Estado y de los Tribunales, para conocer de las controversias que se suscitan sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales, departamentales o municipales. De conformidad con el artículo 275 del Código Contencioso Administrativo "las controversias sobre impuestos nacionales serán decididas por los Tribunales Administrativos en una sola instancia, cuando el monto de lo asignado es inferior a quinientos pesos. En los demás casos, el fallo del Tribunal es apelable para ante el Consejo de Estado. El sistema consagrado en esta disposición fue variado fundamentalmente por el decreto 528 de 1964. El artículo 32 de este ordenamiento estatuye: "Los Tribunales Administrativos conocen:" 1o. En única instancia: "e) De las controversias que se susciten sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales, departamentales o municipales cuando la cuantía sea inferior a diez mil pesos; "2o. En primera instancia: "g) De las controversias que se susciten sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales, departamentales o municipales, cuando la cuantía sea o exceda de diez mil pesos". En tal forma que para que un negocio de impuestos tenga segunda instancia ya no se mira el monto de lo asignado o fijado en la liquidación, como ocurría dentro del sistema del código, sino a la cuantía de la acción, esto es, al valor de lo que se reclama. El vocablo acción significa "el derecho de exigir alguna cosa" y si las normas del decreto 528 señalan segunda instancia en las acciones de impuestos cuando la cuantía sea o exceda de diez mil pesos, ha de concluírse necesariamente que se refiere no al monto de lo señalado en la liquidación, sino a lo que se pretende que ha sido cobrado de más por la administración. (Auto de Febrero 10 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar T. Actor: Panamerican World Airways Inc. Acción de revisión de impuestos).

61. IMPUESTOS.

Exención de impuestos a las Compañías Aéreas. Ciertamente no era clara la ley 81 de 1960 Art. 117 respecto de la época en que las Compañías Aéreas debían efectuar la inversión en nuevos equipos de vuelo o en su mantenimiento para tener derecho a la exención del impuesto sobre la renta y por lo mismo era dudoso si lo gastado durante el año fiscal en que se producía el gravámen satisfacía la exigencia legal. Por tal razón, el legislador de 1969 interpretó de manera auténtica la norma de 1960 declarando que para tener derecho a la exención la respectiva compañía debe hacer la inversión del valor correspondiente al impuesto dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la notificación de la liquidación oficial del mismo y dentro del plazo hacer la comprobación. No sobra poner de presente que las empresas de aviación no son negocios lucrativos dados los elevados precios de los equipos de vuelo y los altos costos de operación y mantenimiento. Pero puesto que se han convertido en necesidad imperiosa para el transporte de pasajeros y carga dado el desarrollo actual de la humanidad, las naciones no pueden prescindir de tenerlas y por tal razón en la mayoría de ellas son empresas oficiales y si están en manos de particulares gozan de subsidios oficiales de distinta índole para que puedan subsistir y prestar servicio eficiente. Seguramente esa fue la razón para que el legislador colombiano estableciera la exención del impuesto sobre la renta para tales empresas y por lo mismo las normas que la reglamentan deben interpretarse en tal forma que no anule la exención. (Sentencia de junio 22 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar T. Actor: Helicópteros Nacionales de Colombia S.A. (Helicol). Acción de nulidad de las Resoluciones Nos. R-1495 H de 21 de junio de 1967 y R 2790 H de diciembre 2 de 1970, dictadas por la Dirección General de Impuestos Nacionales). (Ver el No. 78 del índice). 431

2. IMPUESTOS.

Exoneración de impuestos para las Industrias nuevas. La exoneración de impuestos para las industrias nuevas es instrumento de intervención del estado para promover el desarrollo económico general y el especial del sector de actividad protegido con el aliento tributario. El propósito evidente es el de canalizar los ahorros hacia la organización de las empresas cuyo emprendimiento se considera útil para la economía nacional. En vista de los amplios propósitos de la ley y particularmente de los reglamentos, no es fácil comprender que los funcionarios encargados de aplicarlos conciben mecanismos procesales sin asidero en el sistema jurídico superior para negar con criterio avaro lo que el mismo gobierno reglamentó con generosidad.

(Sentencia de junio 22 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro. Actor: Lloreda Productos de Hierro y Acero S. A. Acción de nulidad de las Resoluciones Nos: 311 de 1969 y 4 de 1970 de la Superintencia de Industria y Comercio y del Ministerio de Fomento). 268

63. IMPUESTO DE RENTA.

Determinación de la renta líquida gravable. Se anula el Art. 22 del Decreto Reglamentario 154 de 1968. Es importante tener en cuenta que en las disposiciones citadas sobre lo que constituye la renta gravable se tiene de ésta un concepto global unitario, no discriminado, en otras palabras, para llegar a lo que la ley considera como renta líquida gravable no se toma como criterio orientador un concepto que pudiéramos llamar celular en el sentido de hacer separaciones o células de la deducción para llegar a lo que debe tenerse por renta líquida. En efecto: En el artículo 23 de la Ley 81 de 1960 se establece la forma de depuración de la renta de una manera simple al hablar de que del monto global de los ingresos se sustrae el costo imputable a ellos, con lo cual se obtiene la renta bruta; de esta cantidad se restan las deducciones legales y se llega a la renta líquida, la cual, menos las exenciones, constituye la renta gravable. El artículo habla de renta de deducciones legales las cuales aparecen explicadas en el artículo 43 en donde se dice que son las expensas necesarias pagadas durante el período gravable en el desarrollo de cualquier actividad cuya renta sea gravable. El artículo 10 del Decreto 1366 de 1967 en lo relativo a deducción de expensas necesarias prácticamente nada agrega a lo dicho en el 43 pues se limita a cambiar la expresión período o año gravable por período fiscal, las cuales son equivalentes porque ambas se refieren a un mismo lapso que es el que se tiene en cuenta para establecer los respectivos gravámenes. Es bueno recalcar que en ambas disposiciones se mantiene un criterio unitario sobre la deducción de expensas necesarias en el desarrollo de cualquier actividad cuya renta sea gravable; ninguna dintinción se hace respecto de deducciones sobre renta gravable y sobre rentas exentas sino que se toma, como ya se ha dicho, en su unidad la renta para deducir la líquida y terminar con la líquida gravable previas las exenciones. Por esas consideraciones cuando el inciso 2o. del artículo 22 del Decreto 154 de 1968 establece la obligación de relacionar en la declaración de renta las deducciones de rentas gravables y las imputables a rentas exentas, establece una distinción, una exigencia, un requisito que no están previstos en las leyes reglamentadas y por lo mismo es claro que en este artículo hubo desviación de la función reglamentaria que corresponde al Presidente de la República según el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional. (Sentencia de junio 8 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga.

Acción de nulidad del artículo 22 del Decreto Reglamentario No. 154 de 1968)..... 210

64. IMPUESTO DE RENTA.

Se anula el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1963 de 1971, sobre pagos hechos a las casas matrices y oficinas extranjeras por sus filiales, sucursales o agencias en Colombia, que les hayan sido rechazados a éstas últimas como costo o deducción de sus rentas. (Sentencia de Abril 28 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: James W. Raisbeck. Acción de nulidad contra el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1963 de 1971)..... 200

65. IMPUESTO NACIONAL DE TIMBRE A LAS ACCIONES DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS.

No es la emisión de acciones la que se tiene en cuenta para liquidar el impuesto de timbre, sino el valor nominal (de los títulos). El Decreto 2908 de 1960, dictado en uso de facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno por la ley 58 de 1960 dice: "Artículo 1o. Los impuestos Nacionales de Papel Sellado y Timbre Nacional estarán regulados por las disposiciones del presente Decreto. Art. 5o. Causan impuesto de timbre nacional, de conformidad con la cuantía que se indica para cada caso: 67 "La emisión de acciones nominativas de sociedades anónimas o en comandita por acciones, el cuatro por mil *sobre el valor nominal de los títulos.* Cuando las acciones sean al portador, el dos por ciento (2%) *sobre el valor nominal".* (Se subraya). Es de advertir que la Ley 24 de 1963 en el numeral 67 del artículo 3o. repite exactamente, con los mismos términos, el artículo transcrito. Frente a estas disposiciones queda muy claro que no es la emisión de acciones la que se tiene en cuenta para liquidar el impuesto de timbre, sino el valor nominal de los títulos. Son dos cosas muy distintas la emisión de acciones y el valor de los títulos; los títulos se entregan una vez que las acciones suscritas hayan sido pagadas totalmente o a medida que vayan siendo pagadas; antes de ello sólo pueden expedirse títulos provisionales que no tienen más que el simple valor de constancia de suscripción y que no son negociables. Por ello dice el artículo 77 del Decreto 2521 de 1950, "Los títulos definitivos de las acciones suscritas en el acto de constitución, deberán ser expedidos dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha del permiso definitivo de funcionamiento. Los de las acciones suscritas posteriormente, deberán expedirse dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción". Por eso, vuelve a repetirse, que según las disposiciones del Decreto 2908 de 1960, artículo 67 y Ley 24 del 63 artículo 3o. no es sobre la emisión de acciones sobre lo que se paga el impuesto de

timbre sino sobre el valor de los títulos que se entregan en la forma y dentro de los términos señalados por el artículo 77 del Decreto 2521. (Sentencia de Febrero 17 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía. Actor: James W. F. Raisbeck. Acción de nulidad contra la Resolución No. R-052E de Junio 14 de 1965 de la División de Impuestos Nacionales)..... 310

66. IMPUESTOS. RETENCION EN LA FUENTE DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

Se declara nulo el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 1986 de 1971. Diferencias entre el pago de salarios y el de indemnización por despido ilegal del trabajador para efecto de la retención en la fuente del impuesto sobre la renta. Corresponde analizar si la indemnización por despido del trabajador constituye cuando menos en parte el pago anticipado de un salario, o si es más bien un pago de naturaleza diferente. De acuerdo con el régimen específico del contrato de trabajo como figura jurídica que generalmente rige las relaciones entre la persona que presta servicios subordinados y aquella que por beneficiarse de ellos los remunera, el salario es la retribución de los servicios que puede satisfacerse en cualquiera de las formas que menciona el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo. Pero como se desprende de la naturaleza misma del contrato del trabajo, que es bilateral y esencialmente oneroso, el pago del salario corresponde a la prestación efectiva del servicio contratado, o cuando menos a la disposición de ánimo del trabajador para prestarlo en la forma estipulada y que no puede llevarse a la práctica por voluntad u obra del patrono. En todo caso, el pago del salario presupone la vigencia del vínculo laboral entre el empleador y el subalterno. Si este vínculo se rompe por alguna causa legal o ilegítima, lo que reciba por este motivo el antiguo trabajador será a título de indemnización o de prestaciones sociales, pero nunca de remuneración de un trabajo, que es la característica esencial de cualquier especie de salario. Así pues, si el contrato termina por disposición ilegal del patrono y a causa de ello viene a quedar obligado a pagarle alguna suma a su antiguo servidor dicho pago corresponde a un resarcimiento de perjuicios a este último por habérsele privado injustamente de la oportunidad de recibir un salario por la prestación honorable y eficaz de sus servicios en la forma convenida al celebrarse el contrato de trabajo, verbal o escrito. De otra parte, la circuntancia de que esta indemnización comprenda, como es lo usual, el pago del daño emergente y el lucro cesante conforme lo recuerda para efectos fiscales el artículo 6o. de la Ley 27 de 1969, en nada desvirtúa su naturaleza jurídica propia como resarcimiento de unos perjuicios ilegalmente ocasionados ni viene a darle a la cuota que, según ese artículo, corresponde a la reparación del lucro cesante el carácter de una remuneración efectiva de servicios realmente prestados. Al contrario, corresponde a la tasación hecha

directamente por el legislador, según la antigüedad del despedido, de la suma dejada de devengar por éste como consecuencia de haber quedado privado arbitrariamente de la posibilidad de prestar el servicio remunerable con un salario. Si, como queda visto, el origen y la naturaleza jurídica del salario y de la indemnización del lucro cesante al trabajador despedido son absolutamente distintos, la sola circunstancia de que una y otra clase de ingreso puedan gravarse con el impuesto sobre la renta no permite aplicar el sistema que para recaudar tal impuesto tenga establecido el legislador cuando se trata de salarios al caso de la indemnización. Es entonces muy claro que si el artículo 1o. de la Ley 38 de 1969 ordena que al tiempo de pagarse un salario se retenga parte de éste como abono al impuesto sobre la renta correspondiente a tal ingreso, dicha previsión no puede extenderse por vía de simple reglamento al caso de las indemnizaciones por ruptura injusta del contrato de trabajo, desde luego que un proceder semejante implica excederse en el ejercicio de la potestad que la Constitución le atribuye al Presidente de la República para lograr la cumplida ejecución de las leyes. (Sentencia de Abril 13 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga. Acción de nulidad contra el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 1986 de 1971)..... 196

67. INDUSTRIA DEL PETROLEO.

Exoneración de Impuestos. La Ley 37 de 1931 en su artículo 13 se encargó de eximir de toda clase de impuestos departamentales, directos o indirectos, lo mismo que el impuesto fluvial, a la exploración y explotación del petróleo, al petróleo y los derivados que se obtenga, al transporte de tales productos, a las maquinarias y elementos necesarios para el beneficio y para la construcción y conservación de refinerías y oleoductos, pero no exoneró a las tierras sobre las cuales se realizaran los trabajos de esta industria, porque entre otras posibilidades, ellas pueden ser de dueño diferente a quien se dedique a la exploración o explotación de los petróleos. (Sentencia de Mayo 24 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Arango Henao. Actor: Shell Condor S. A. Acción de plena jurisdicción contra unas Resoluciones de la Oficina Seccional de Catastro de Bolívar)..... 404

68. INEXEQUIBILIDAD DE LOS ACUERDOS MUNICIPALES.

Sus consecuencias. Dentro de las llamadas entidades territoriales colombianas, que mejor son personas morales de derecho público del orden político, los municipios son subalternos de los departamentos, así como ellos

lo son de la Nación, sin que tal dependencia política implique también la absoluta dependencia administrativa de éstos a aquella o del municipio al departamento, ya que las dos últimas especies de entes gozan de autonomía en el manejo de sus bienes y rentas y en otros aspectos pero, claro está, dentro del marco de la Constitución y las leyes, que establecen como regla general la tutela de los municipios por parte de los Gobernadores. De los atributos que se derivan de dicha tutela debe estudiarse ahora la facultad de revisión de los actos de Alcaldes y Concejos Municipales concedida a los Gobernadores por el Artículo 194, ordinal 8o, de la Constitución y reglamentada en los artículos 127, ordinal 8o. y 177 del Código de Régimen Político y Municipal. Según dichos preceptos, el Gobernador debe examinar los actos de los Concejos y de los Alcaldes, cuya copia han de enviarle estos últimos, para esclarecer si son inconstitucionales o ilegales y, en caso afirmativo, revocar él mismo los expedidos por el Alcalde y remitir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo los Acuerdos Municipales para que decida de plano sobre su exequibilidad. O sea que si el acto injurídico proviene del Alcalde puede el Gobernador declararlo insubsistente por propia iniciativa. Pero si emana del Cabildo, ha de pasárselo al Tribunal Administrativo para que sea éste quien resuelva, con el fín de evitar conflictos o polémicas entre un agente directo del Gobierno Nacional y una corporación local de elección popular. Empero, si el Tribunal se pronuncia por la inexequibilidad del Acuerdo, esa decisión equivale jurídicamente a la revocatoria de un acto del Alcalde hecha por el Gobernador pues, de todos modos, los Concejos son corporaciones administrativas y no políticas a pesar de su origen popular (C.N. 196) y, por ende, el hecho de que la tutela de la legalidad en el ámbito municipal se desplace en este caso del Gobernador hacia el Tribunal no implica en modo alguno que actuaciones derivadas de las mismas normas y con idéntica finalidad produzcan efectos diferentes por la mera circunstancia de emanar de agencias u organismos estatales distintos. Es entonces clarísimo que la declaración de inexequibilidad de un Acuerdo hecha por el Tribunal Administrativo lo deja insubsistente y hace cesar también los actos cumplidos en desarrollo de sus normas, pues al desaparecer éstos, quedan sin sustento jurídico aquellos. (Ver Nos. 15, 77 y 86 del índice). 562

69. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA DESEMPEÑAR CARGOS PUBLICOS.

Régimen de las inhabilidades y las incompatibilidades. Diferencias entre ellas. Solo la Constitución y la ley pueden prescribir causales de inhabilidad e incompatibilidad para desempeñar cargos públicos nacionales y locales. 1o. La Constitución y el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades para desempeñar cargos públicos. Es evidente la diferencia entre inhabilidades e incompatibilidades para desempeñar cargos públicos; mientras

aquéllas son *prohibiciones para que alguien sea elegido o nombrado* en determinado cargo, por motivos de interés público, éstas *impiden ejercerlo* concurrentemente con otro u otros. Pero, en uno y otro casos, su régimen constitucional se determina genéricamente por los Arts. 76 Ord. 10o., y 62 de la Constitución, que prescriben, en su orden, que corresponde al Congreso, entre otras atribuciones, "regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62, 132 y demás preceptos constitucionales" y que "la ley determinará los casos particulares de incompatiblidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; *las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos en los casos no previstos en la Constitución...." (Subrayamos).* Por tanto, por una parte no es fundado el aserto de la sentencia en el sentido de que Art. 62 de la Constitución sólo atañe a incompatibilidades; por el contrario, comprende, como corresponde a su índole constitucional, los aspectos esenciales de la función pública, cuya regulación atribuye al legislador, excepto en los casos que, como los relativos a los requisitos para ser elegidos Contralor General de la República o Contralor Departamental (Arts. 59, Inc. 4o. y 190, Inc. 3o.), estén previstos por la Constitución. Además, según lo expuesto, no es posible separar el régimen de las incompatibilidades y el de las inhabilidades, para afirmar como lo hace la sentencia, que mientras aquél corresponde al legislador éste, respecto de la administración departamental, a las Asambleas; se trata de materias similares, reguladas igualmente por la Constitución, *como un principio político de la organización fundamental del País.* " Sólo la ley puede, pues, –sostiene el doctor Tascón– ocuparse en las materias a que se refiere esta disposición que, por otra parte, figura entre las atribuciones del Congreso . . . El Consejo de Estado ha anulado las ordenanzas y acuerdos por medio de los cuales las asambleas y concejos han señalado calidades para el desempeño de empleos que son de libre nombramiento y remoción de los Gobernadores o de los Alcaldes. Por iguales razones serían nulos los actos de aquellas corporaciones que determinaran casos de incompatibilidades y responsabilidades . . . . " (Derecho Constitucional Colombiano, 1944, Editorial "La Gran Colombia", Pág. 143). 2o.) *El régimen de las inhabilidades para ser Contralor Departamental y las facultades de las Asambleas.* Aunque lo expuesto es suficiente para concluir que el régimen de las inhabilidades para desempeñar cargos públicos, "en los casos no previstos por la Constitución", corresponde al legislador, tal atribución no puede deducirse del Ord. 8o. del Art. 187 de la Constitución, a saber: 1) El Ord. 8o. del Art. 187 de la Constitución atribuye a las Asambleas, entre otras, la facultad de "organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un periodo de dos años", quien debe reunir los requisitos prescritos por el Art. 190, Inc. 3o., *ibídem.* Por tanto, una es la atribución de organizar la Contraloría Departamental, mediante la determinación de su estructura. cargos y funciones de los mismos, y otra muy diferente, nítidamente señalada por la Constitución que

en cuanto a regla de competencia es de restrictiva interpretación, de elegir Contralor de conformidad con los requisitos constitucionales para serlo. 2) Atribuir a las Asambleas la facultad de establecer inhabilidades para ser Contralor Departamental significa, por una parte, asignarles una competencia que no tienen, no obstante que el Art. 63 de la Constitución prescribe que "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento", y, por otra, permitirles reglamentar por sí mismas, con violación de la disposición transcrita, su propia competencia de elegir Contralor Departamental de conformidad con lo prescrito por el Art. 190, Inc. 3o., de la Constitución. 3) Que las Asambleas no tengan la atribución de establecer inhabilidades para ser Contralor Departamental se explica, además de lo expuesto, por los siguientes principios constitucionales: a) El cargo de Contralor Departamental, previsto en la Constitución, tiene un sentido *unívoco*, con requisitos de elegibilidad iguales para todos los departamentos, *como parte de la organización fundamental del País*, con la finalidad de "elevar la categoría del cargo", de lograr "una mayor competencia de su desempeño" (J. Vidal Perdomo, Historia de la Reforma Constitucional de 1968 y sus Alcances Jurídicos, Pág. 282) y de "no dejar a la ley este asunto para evitar problemas en su expedición" (J. Pérez Escobar, Constitución Política de Colombia, Pág. 146). Por tanto, mal podría consagrarse en la Constitución y dejarse al arbitrio de las Asambleas el señalamiento de inhabilidades, en forma de que hasta podría haber, jurídicamente, veintidós distintos reglamentos del cargo de Contralor, que derogarían *el carácter unitario* que le dió la Constitución. En otros términos, previsto por la Constitución como un cargo uniforme para todos los departamentos, el de Contralor no puede reglamentarse por las Asambleas, mediante la determinación de inhabilidades, sino con violación del Ord. 8o. del Art. 187 de la Carta, que no las autoriza para hacerlo, el mismo en el cual la sentencia de que discrepamos pretende fundar la supuesta atribución. b) el derecho a elegir y ser elegido, reconocido por la Constitución como una libertad pública (Arts. 15 y 171 y 1o. de la Reforma Plebiscitaria de 1957), sólo puede limitarlo aquélla, como en los casos de los Arts. 107, 108, 109 y 190, Inc. 3o., o en su defecto la ley, de conformidad con el Art. 62 *ibídem*. En consecuencia, una Asamblea, definida constitucionalmente como "una corporación administrativa de elección popular" (Art. 185), no puede establecer inhabilidades, limitativas de una libertad pública, para ser elegido Contralor Departamental; de lo contrario, se consagraría también la posibilidad jurídica de que las ordenanzas que las establezcan regulen en veintidós diversas formas el derecho a ser elegido Contralor, a pesar de que la Constitución lo garantiza, como a los demás de su índole, con las solas limitaciones de la misma Constitución y de la Ley. c) El régimen constitucional colombiano, de centralismo político y descentralización administrativa, no podrá compadecerse con la existencia de un cargo, el de Contralor Departamental, creado por la Constitución, que debe desempeñarse

por persona que reúna los requisitos prescritos por el Art. 190, Inc. 3o., *ibídem,* con facultad de las veintidós Asambleas existentes en el País de señalarle *ab libitum* inhabilidades, como si se tratara de un régimen federal, no obstante que el Art. 187, Ord. 1o., de la Carta Constitucional solo atribuye a las Asambleas, a este respecto, la de "reglamentar *de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales,* la prestación de los servicios a cargo del Departamento" (subrayamos). d) Si la Constitución señala los requisitos e inhabilidades para ser diputado y deja a la ley determinar las incompatibilidades, como también los requisitos e inhabilidades para ser concejal (Arts. 185, Inc. 3o., y 196, Inc. 2o.), mal pudo atribuir a las Asambleas la facultad omnímoda de establecer inhabilidades para ser Contralor Departamental; por el contrario, ello demuestra, también por este aspecto, que se trata de materia propia de la Constitución y en su defecto de la ley. e) El Congreso, en ejercicio de la atribución del Ord. 10o. del Art. 76, en armonía con el Art. 62 de la Constitución, podría establecer, como inhabilidad para ser Contralor Departamental, la prescrita por el Art. 10o. de la Ordenanza No. 55 de 1959 de la Asamblea de Nariño, sin que pueda afirmarse, como se colige de la sentencia de que disentimos, que sería inconstitucional por violación, del Ord. 8o. del Art. 187 de la Constitución, por haberse arrogado una facultad de las Asambleas. Por el contrario, según las normas indicadas, éstas no tienen tal atribución porque la Constitución la adscribió expresa, específica y reiteradamente al Congreso Nacional. 3o.) *El Art. 241 del C. de R. P. M. y el caso sub judice.* La sentencia sostiene que el Art. 241 del C. de R. P. M., que dispone que "pueden ser nombrados para los destinos públicos, de mando o jurisdicción, todos los ciudadanos en actual ejercicio, menos cuando la Constitución o la ley exijan determinados requisitos y cualidades o establezcan prohibiciones determinadas", no es aplicable a los Contralores Departamentales, porque no tienen mando o jurisdicción en cuanto "son tan solo veedores de la buena administración de los bienes y rentas nacionales". Discrepamos también de esta aserción de la sentencia, por las siguientes consideraciones: 1) El aserto de la sentencia lleva a concluir que, puesto que el empleo de Contralor Departamental no es "de mando o jurisdicción", Las Asambleas pueden establecer inhabilidades para desempeñarlo. Pero, según el Inc. 2o. del Art. 241 del C. de R. P. M., " para los demás empleos no se necesita otro requisito que el nombramiento por quien corresponda". De manera que, aunque fuere fundada esta motivación de la sentencia, *la conclusión debió ser, no que las Asambleas puedan prescribir inhabilidades para ser Contralor Departamental, sino que, puesto que no es empleo" de mando o jurisdicción", que no requiere sino de la elección, no pueden hacerlo.* Además, según el criterio que sustenta la sentencia, aunque no es su conclusión, el Art. 241 del C. de R. P. M. habría sido subrogado, en cuanto a los Contralores Departamentales, por el Art. 83 del Acto Legislativo No. 1 de 1945 que prescribió que corresponde a las Asambleas "organizar la Contraloría Departamental y elegir el Contralor para

un período de dos años", disposición de la cual deduce la facultad de las Asambleas de señalar inhabilidades para ser Contralor, no obstante que sólo reitera, con modificación de la denominación y del cargo, la que le diera el Art. 97, numeral 17, del C. de R. P. M., de "organizar las Contadurías o Tribunales de Cuentas de los Departamentos, y nombrar los Contadores o Magistrados correspondientes", a los cuales obviamente les era aplicable el Art. 241 *ibidem*. 2) Pero, aunque el tema, según lo expuesto, no incide en el caso *sub judice*, en cuanto de todos modos, sea o no el cargo de Contralor Departamental "de mando o jurisdicción", las Asambleas no tienen facultad de prescribirle inhabilidades, estimamos, como cuestión o aspecto de principio, que conlleva "anexa autoridad" y que, como tal, de conformidad con el Art. 241 del C. de R. P. M., que reitera y desarrolla los artículos 15 y 62 de la Constitución, sólo es susceptible de reglamentarse por la Constitución y en su defecto por la ley, a saber: a) Según el Art. 15 de la Constitución, "la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa indispensable para elegir y ser elegido y para desempeñar empleos públicos que conlleven anexa autoridad o jurisdicción" y la tienen, según el Art. 14 *ibidem*, "los colombianos mayores de 21 años," cuyo derecho no esté suspendido ni suprimido por sentencia judicial o que hayan logrado rehabilitación. La misma Constitución reputa el cargo de Contralor Departamental, como el de Contralor General de la República, como uno de los que conlleva "autoridad o jurisdicción", en cuanto requiere, para desempeñarlo, "ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía" (Arts. 59, Inc. 3o. y 190, Inc. 3o.); en otros términos, la Constitución realza y define implícitamente estos cargos, hasta el punto de que ni siquiera permite elegir Contralor General de la República o departamental al colombiano por adopción, aunque reúna los demás requisitos, entre ellos el de ser ciudadano en ejercicio, calidad que lo habilita para desempeñar otros "empleos públicos que llevan anexa autoridad o jurisdicción" y, que no requieren, como los de Contralor, ser también colombiano de nacimiento. b) Pero en el supuesto de que de la Constitución no se dedujere que el empleo de Contralor Departamental es de los que conllevan "autoridad o jurisdicción", términos con los cuales el Art. 15 de la Constitución denota, para todos los servicios del Estado, facultad de tomar decisiones obligatorias, como sostuvo el Consejo, según las funciones de cada cargo (Sentencia del 28 de noviembre de 1944, Anales Tomo LIII, Pág. 332), y que los Arts. 5o., Ord. 1o., y 241 del C. de R. P. M. aplican a la Administración con las expresiones "jurisdicción o autoridad" y "mando o jurisdicción", respectivamente, ello también se deduce de los siguientes textos y principios: 1) Según la Constitución, "la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración" nacional, departamental y municipal corresponde a los Contralores (Arts. 59 y 190). El Contralor General de la República la ejerce mediante la determinación de "los métodos de contabilidad" y de rendición de cuentas, la exigencia "de informes a los empleados públicos nacionales,

departamentales y municipales sobre su gestión fiscal", la revisión y fenecimiento de "las cuentas de los responsables del Erario" y la provisión de "los empleos que haya creado la ley" (Art. 60 *ibídem*) y los Departamentales, conforme al expuesto principio constitucional, en forma similar, según la ley y las ordenanzas, como sucede con la facultad de revisar y fenecer las cuentas de los empleados de manejo mediante los llamados "juicios fiscales de cuentas de carácter departamental o municipal" (Art. 28 de la Ley 16 de 1968), que actualmente deciden autonomamente, sin el recurso de apelación que, consagrado en el Capítulo XIX del Código Contencioso Administrativo, relativo a los juicios de cuentas (Arts. 169 y 188), conocía en lo nacional, hasta la vigencia de la Ley 58 de 1946, el Consejo (Arts. 4o. 5o. y 11), y en lo local, hasta que entró en vigencia el Art. 28 de la Ley 16 de 1968, el correspondiente Tribunal. Por consiguiente, es apenas obvio que los Contralores Departamentales tienen "autoridad" o "mando", en el sentido expuesto, en los asuntos de su competencia, referentes, esencialmente, como ha sostenido el Consejo, al control numérico-legal (Sentencia del 17 de mayo de 1951, Anales Tomo LVIII, Pág. 332). (Salvamento de Voto de los doctores Humberto Mora Osejo y Jorge Dávila Hernández, en la sentencia de Mayo 25 de 1972, en que fué ponente el Consejero Dr. Hernando Gómez Mejía. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Actor: Teófilo Rosero E. Acción electoral contra el acto administrativo por medio del cual la Asamblea de Nariño eligió Contralor General del Departamento). (Ver Nos. 46 y 47 del índice). 581

70. INVERSIONES EXTRANJERAS.

Regímenes de libertad y de control cambiarios. Registro de las inversiones de capital. Requisitos para el tratamiento preferencial de las licencias no reembolsables. Criterios para el estudio de las solicitudes de inversión de capitales extranjeros. A partir del régimen de libertad cambiaría que estableció el Decreto 107 de 1957 (artículo 21), hasta la expedición del decreto 444 de 1967, las inversiones extranjeras que se hicieron en el país, se movían por el mercado libre de dólares tanto para el giro de utilidades como para el reembolso del capital, sin que el Estado otorgara ninguna garantía en materia cambiaria y sin que se expidieran actos administrativos para calificar la inversión por oposición al sistema que hoy rige que preve el registro de la inversión extranjera para efecto del reembolso del principal y el giro de utilidades al exterior, conforme al artículo 115 del decreto 444 de 1967. De conformidad con lo previsto en al artículo 10 de la ley 1a. de 1959, subrogado por el artículo 11 de la ley 130 de 1959, los requisitos para que la Junta de Importaciones de la Superintendencia del ramo diera un tratamiento preferencial a las licencias no reembolsables vale decir, aquellas cuyo valor no se pagaría al exterior con certificados de cambio que se solicitaran para

importar maquinaria y equipo, eran los siguientes: a) Importación de maquinaria y equipo. b) Que dicha importación tuviera el carácter de no reembolsable. c) Que la índole de los equipos y maquinaria se ajustarán a las necesidades del desarrollo. d) Que la maquinaria y equipo representara la importación de capital extranjero con destino a la suscripción de acciones en sociedades anónimas constituídas en Colombia o en sociedades extranjeras. e) Que la instalación de la maquinaria o equipo no creara una demanda excesiva de divisas extranjeras para la posterior compra de materias primas y otros elementos foráneos. No existiendo una definición legal de lo que debe entenderse por maquinaria y equipo, precisa acudir a su concepto económico según el cual por tal ha de entenderse la maquinaria o equipo que se emplea directamente en la transformación o elaboración de materia prima nacional o extranjera, es decir, se trata de bienes de naturaleza fabril para producir otros bienes. El artículo 120 del Decreto 444 de 1967 establece que los capitales extranjeros invertidos en el país con posterioridad al 17 de junio de 1957, deberán registrarse en la Oficina de Cambios para continuar girando al exterior utilidades y para su reembolso y el artículo 121 autoriza a la misma Oficina para rechazar una solicitud de registro cuando "no se comprueben suficientemente ante ella la *autenticidad de la inversión* y los datos relativos a su movimiento". La Oficina de Cambios sí tiene competencia tanto para registrar las inversiones de capital hechas con anterioridad a la expedición del decreto 444 de 1967, como para negar el registro en el evento de que la inversión no sea auténtica o cuando no se compruebe suficientemente su movimiento. El Consejo estima que el concepto de autenticidad de una inversión extranjera para efecto de su registro no solo conlleva la simple demostración objetiva de que la inversión realmente se produjo, sino que se precisa que la autenticidad de la inversión pueda predicarse desde el punto de vista económico, con arreglo a las normas que la regían. Los criterios que deben aplicarse para efecto del estudio de las solicitudes de inversión de capitales extranjeros, de conformidad con el artículo 110 del Decreto 444 de 1967, en substancia son desarrollo del concepto que ya había establecido la ley 1a. de 1959 para efecto de traer al país maquinaria o equipo como importación de capital extranjero con destino a empresas nacionales, al prescribir que tales importaciones debían ajustarse "a las necesidades del desarrollo económico del país". Este mismo concepto lo acoge y desarrolla el nuevo estatuto al señalar como factores para evaluar una solicitud aspectos tales como la contribución de la inversión al nivel de empleo del país; el efecto neto de la inversión en la balanza de pagos en cuanto implique sustitución, de importaciones o aumento de exportaciones; el grado de utilización de materias primas nacionales y de elementos que se fabriquen en el país; etc. etc., todo lo cual son otros tantos factores que determinan que la inversión consulte o no las necesidades del desarrollo económico del país como lo señaló el legislador de 1959. (Sentencia de febrero 16 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección I. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila

Hernández. Actor: las Sociedades: "The National Cash Register Company of Colombia S.A." y "The National Cash Register Company". Acción de plena jurisdicción contra unos actos dictados por la oficina de Registro de Cambios del Banco de la República)..... 301

J

71. **JUNTAS DE ACCION COMUNAL.**

Formación, características y fines de su patrimonio. Facultades y limitaciones sobre éste. El art. 27 de la Ley 57 de 1887 dispone que "Las personas jurídicas pueden adquirir bienes de todas clases, por cualquier título con el carácter de enajenables", el artículo 637 del C.C. comienza diciendo que "Lo que pertenece a una corporación no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen", y el art. 649 del mismo Código regula el destino que debe darse a las propiedades de una corporación cuando ella se disuelve. El art. 31 de ese Decreto 2070 dice: "El patrimonio de la Junta de Acción Comunal estará constituído por todos los bienes que ingresen por concepto de contribuciones, auxilios o aportes y donaciones de entidades oficiales o particulares, nacionales, extranjeras o internacionales y los que provengan de cualesquiera actividades u operaciones que efectúe la Junta", el aparte del art. 32 según el cual "Las obras terminadas por Acción Comunal, sean o no reproductivas económicamente, entrarán a formar parte del patrimonio de la Junta respectiva (....)", y el 37 que dispone como se procede a la liquidación de una Junta en caso de que sea disuelta estableciendo que primero se pagarán las obligaciones pendientes, que las partidas oficiales si aún existen se reintegrarán al Estado, y que luego los bienes, por disposición de los afilidados, podrán pasar a otra entidad o, en defecto de esta disposición, al municipio. Queda determinado por estas disposiciones que el patrimonio de una Junta, en principio y sometido a determinadas limitaciones a las que más adelante se hará referencia, está constituído por los aportes en general que ella reciba y por las obras que ella ejecute. (Ver Nos. 1 y 2 del índice)..... 15

72. **JUSTICIA PENAL MILITAR.**

Naturaleza intrínseca de la función jurisdiccional. Los funcionarios de la justicia Penal Militar pertenecen a la Rama Jurisdiccional y no a la Administrativa, y por esta razón no pueden ser tenidos como empleados

civiles del ramo de guerra, porque éstos forman parte de esta última rama y no de la primera. Sueldos y prestaciones correspondientes a los funcionarios de la Justicia Penal Militar. Constitucionalidad de los Decretos que señalan sueldos a la Justicia Penal Militar. Para la Sala no queda duda de que los funcionarios que ejercen cargos en la justicia Penal Militar forman parte de la Rama Jurisdiccional del Poder Público. En efecto: El artículo 58 de la Constitución Nacional dispone: "La Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y demás Tribunales y Juzgados que establezca la Ley, administran justicia". Y el Art. 170 de la misma Constitución dice: "De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar". En tal forma que es la misma Constitución la que prevee el establecimiento de Tribunales encargados de administrar justicia a los militares que delinquen. La naturaleza intrínseca de la función jurisdiccional, lo que la distingue de las otras dos funciones estatales, está constituída por el motivo y por la finalidad. El motivo es una situación de conflicto, o una violación de una norma en finalidad de la función, esto es lo que se busca al poner en marcha los instrumentos estatales respectivos, es aclarar la situación conflictiva u obtener el restablecimiento de la norma jurídica violada. De acuerdo con lo anterior, el acto jurisdiccional constata la existencia de la situación conflictiva, o comprueba la violación de la regla de derecho y dispone lo pertinente, con fuerza de verdad legal. La Justicia Penal Militar, según lo dicho, hace parte integrante de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, pues administra justicia, esto es, resuelve lo relativo a la violación de la ley penal por los militares en servicio y en relación con el mismo servicio. No queda entonces otro camino a seguir que considerarla parte de esta rama y no de la rama administrativa o ejecutiva del poder público. Así ha sido tratada por el legislador colombiano. Basta mirar el decreto ley 1720 de 1960, la ley 4a. de 1962, la ley 24 de 1963 y el Decreto ley 343 de 1969. Establecido entonces que los funcionarios de la Justicia Penal Militar pertenecen a la Rama Jurisdiccional y no a la administrativa, es necesario concluir que no pueden ser tenidos como empleados civiles del ramo de guerra, porque éstos forman parte de ésta última rama y no de la primera. Al establecer la escala de sueldos para los empleados civiles del ramo de guerra, en distintas oportunidades, el legislador ha dado un tratamiento diferente al de los de la Justicia Penal Militar. Basta observar que el decreto 2420 de 1970 fija unas remuneraciones para aquella clase de empleados en forma mucho mas baja que la fijada para los de la Justicia Penal Militar. Resulta absurdo que para unos efectos, para los de obtener primas y subsidios, éstos se consideren como empleados administrativos con el carácter de civiles del ramo de guerra, y para otros, para disfrutar de las asignaciones de que gozan los de la rama jurisdiccional, mayores desde luego que las de aquéllos, se consideren pertenecientes a tal rama. Habiendo dejado sentado que los funcionarios de la Justicia Penal Militar forman parte de la Rama

Jurisdiccional del Poder Público, es oportuno examinar si los decretos invocados en las resoluciones enjuiciadas y tachados como inconstitucionales en la demanda, lo son en realidad. La ley 16 de 1968, en su artículo 20, revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para: "..... "9o. Adoptar todas las medidas conducentes a la ejecución y funcionamiento de la nueva organización judicial". Es obvio que dentro de esta facultad está la de prorrogar la vigencia del decreto 697 de 1966. Este decreto buscaba obtener una nivelación de los sueldos de la justicia penal militar con los de la justicia ordinaria y el decreto 3045 de 1969 le prorrogó su vigencia, que desde luego era transitoria, hasta que entrara en vigor la organización judicial y el régimen de asignaciones de los funcionarios judiciales. No se trata, como se expresa en la demanda, de revivir una disposición derogada. Cuando se expidió el decreto 3045 no se había levantado aún el estado de sitio. En varias oportunidades el legislador ha convertido en leyes de la República, decretos dictados en virtud de las facultades del estado de sitio. Fué precisamente lo que hizo en el presente caso el Presidente de la República investido de facultades extraordinarias para reorganizar la Administración de Justicia. Pero además la ley 16 citada autorizó al Presidente para "mejorar las asignaciones del personal de la Rama Jurisdiccional". Cree la Fiscalía que el decreto que prorrogó la vigencia del 697 de 1966 violó esta norma, por extralimitarla, porque hubo una desmejora en los sueldos o asignaciones de los empleados de la Justicia Penal Militar. Para la Sala el argumento es, por lo menos equívoco, porque desde el año de 1966 tales empleados no disfrutaban de las primas y bonificaciones previstas en la ley 68 de 1963 para el personal civil del ramo de guerra. Además a los empleados de la Justicia Penal Militar se les aumentó el sueldo en forma igual a la de los demás empleados de la Rama Jurisdiccional. No se ha demostrado que el aumento hecho a ellos sea inferior al que tenga el más alto empleado civil del ramo de guerra, ni al que pudieran tener considerándoseles como empleados del ramo de guerra. Si el demandante se considera como empleado civil del ramo de guerra y no como funcionario de la rama jurisdiccional, no se vé motivo para que cobre la asignación correspondiente a los Magistrados, se lucre de los aumentos hechos a éstos en virtud de las autorizaciones de la ley 16 de 1968, pero al mismo tiempo le niegue a los decretos expedidos por el gobierno en virtud de la ley 16 citada, el carácter de constitucionales. La inaplicabilidad, por ejemplo, del decreto 343 de 1969, pedida por el actor, porque el Gobierno no tenía facultad para fijar normas sobre la Justicia Penal Militar, implicaría, desde luego, que los aumentos decretados en él para tal Justicia no podían hacerse y por lo mismo el demandante saldría notoriamente perjudicado. Es que no pueden mezclar varios estatutos para escoger lo mejor de cada uno de ellos y pedir que se aplique únicamente lo favorable. Desde luego que en materia laboral, frente a dos estatutos que pudieran aplicarse a una persona, pudiera escogerse el que más convenga, pero no revolverlos y escoger lo favorable de cada uno eludiendo la aplicación de lo

que no conviene. O se es empleado civil del ramo de defensa, con todas sus consecuencias sometido, desde luego a la escala de sueldos que rigen para este personal, o se es de la Rama Jurisdiccional, con la prerrogativas y derechos que ella tiene, pero también con las limitaciones y obligaciones que impone. En conclusión la Sala estima que no se han violado las normas citadas en la demanda y que la inaplicabilidad de los decretos dictados en virtud de la ley 16 de 1968 y que hacen relación con la justicia penal militar, no puede hacerse, pues que no aparece que se haya excedido con ellos la facultad otorgada al Presidente en la mencionada ley. (Sentencia de Mayo 29 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar V. Actor: José Ignacio Talero Lozada. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 002718 de 9 de mayo de 1969 y 7093 de 20 de octubre de 1970 expedidas por el Ministro de Defensa Nacional)..... 257

L

73. LOTERIAS—INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN.

Está sometidas a la inspección, vigilancia y control administrativo del Ministerio de Salud Pública. Sus contratos requieren la aprobación del mencionado Ministerio. Reglamentación, requisitos, término máximo de duración de los contratos que celebren los Departamentos para poner en funcionamiento o administrar las loterías. Las loterías están sometidas a la inspección, vigilancia y control administrativo del Ministerio de Salud Pública, al igual que las demás entidades vinculadas con la asistencia pública por tener carácter de instituciones de utilidad común. En desarrollo de las disposiciones constitucionales pertinentes (artículos 19 y 120, ordinal 19) y de las de la ley 93 de 1938 y su Decreto reglamentario No. 1858 del mismo año, los contratos de dichas instituciones requieren la aprobación del mencionado Ministerio. La Ley 64 de 1923, "sobre loterías", después de preceptuar que solo los Departamentos pueden establecer loterías con premios en dinero y cuyo producido tiene como fín único la asistencia pública, reglamenta entre otros aspectos de esos sorteos el referente a los contratos que celebren los Departamentos para ponerlas en funcionamiento o administrarlas, sujetándolos en el artículo 1o. al requisito de la licitación pública y señalándolos en el 9o. como término máximo de duración el de cuatro años. La primera de las disposiciones citadas aclara, para mayor precisión, que en las correspondientes licitaciones públicas "se entenderá como mejor propuesta la oferta de una mayor participación en el valor de cada sorteo para la asistencia pública del respectivo Departamento". De la simple lectura de las

disposiciones citadas se pueden deducir estas conclusiones: 1a. Al ocuparse la Ley 64 de 1923 de regular por vía general la duración máxima de los contratos de los Departamentos relacionados con sus loterías y condicionar su adjudicación al requisito de la licitación pública, limitó en tales materias la libre estipulación de los contratantes: 2a. De lo anterior se desprende: a) Que la estipulación en estos contratos de un plazo mayor a cuatro años es abiertamente ilegal, y b) Que la omisión del requisito de la adjudicación del contrato en licitación pública, es igualmente lesiva de la ley; 3a. –Que, como consecuencia de las afirmaciones que anteceden, en lo referente al término de duración de los contratos, no solo se vicia la ley al pactar un plazo más amplio que el señalado como máximo en la ley, violación flagrante y directa, sino mediante el empleo de cualquier otro acuerdo o procedimiento que indirectamente prolongue el plazo del contrato más allá del límite legal, como el de estipular su prórroga automática o táctica, o de común acuerdo, es decir, expresamente, pues la ley ha querido, y ese es el sentido de la norma mencionada, que tenga una duración prudencial que permita variar mejorándolas, las condiciones y participación de los Departamentos en el producto de los sorteos; lo que se hace posible precisamente al aplicar el procedimiento de la licitación, y 4a. –Que, en lo referente al requisito de la licitación, su omisión es insalvable, insubsanable, pues de la propia Ley 64 en mención no dá lugar a excepciones y fija como único criterio para determinar la adjudicación del contrato el de escoger la oferta de mayor participación en el valor de cada sorteo. Si se aceptan estas apreciaciones, es forzoso admitir que estos contratos son improrrogables. Con una salvedad: cuando hayan sido adjudicados en licitación pública por un término inferior a cuatro años, cabría prorrogarlos hasta completar ese plazo, sin que importe con qué anticipación o faltando qué parte del plazo por correr se convenga tal prórroga, o sea, que para nada interesa qué lapso del plazo original haya corrido, siempre y cuando que tal prórroga haya estado prevista en el respectivo pliego de cargos, esto es, en las bases y condiciones de la correspondiente licitación Pero no es legal ninguna otra prórroga. Sólo es válida la que no exceda el plazo total de cuatro años. Con lo que se dice que la ilegalidad que puede presentarse en el caso que plantea la letra b) de la consulta, no resulta de que la prórroga se pacte cuando el contrato "está en plena vigencia y faltan aún dos (2) años para su terminación", es decir, del momento de la prórroga sino de que sumados el término fijado inicialmente y el de la prórroga se exceda el término del artículo 9o. de la Ley 64. Aunque, es obvio, que no es práctico ni aconsejable prorrogar contratos con una antelación exagerada. En cuanto a la utilización de cualquier subterfugio que conduzca a eludir la adjudicación en licitación pública del contrato, como sería el mismo caso de la prórroga que amplía el plazo de un contrato a más de cuatro (4) años y, por lo mismo, tendiente a impedir el aprovechamiento de una oportunidad de mejora en el contrato para los Departamentos, se trata de procedimientos claramente ilegales, ya que tal prórroga excesiva equivale a

la adjudicación de un nuevo contrato ignorando el criterio de la mejor propuesta que es el que impone la Ley 64 en el inciso final de su artículo 1o., y también violando el plazo del artículo 9o.. Finalmente, cabe agregar que cualquiera que sea la naturaleza jurídica y el tipo de los contratos a que se refiere la consulta, la calificación o denominación que se les de y el organismo departamental que los celebre, quedan regidos por las disposiciones de la Ley 64 de 1923, puesto que la finalidad de ésta fue regular los principales aspectos de la organización y funcionamiento de las loterías que autoriza y de sus sorteos, en razón de su vinculación con el sostenimiento del servicio público de asistencia social, cuestión que es de evidente utilidad común y que compete reglamentar al legislador, sin que implique por lo mismo desconocimiento de la autonomía patrimonial y administrativa de los Departamentos. (Concepto de Abril 21 de 1972. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica. Consulta formulada por el Ministro de Salud Pública. Publicación autorizada mediante of. 7070 de mayo 5 de 1972, del mismo Ministro). (Ver el No. 85 del índice). 165

M

74. MARCAS Y PATENTES.

La jurisdicción y la competencia en relación con las acciones contra los actos administrativos que se refieren al registro de marcas y las acciones de oposición y de cancelación del mismo. 1o. La jurisdicción contencioso administrativa conoce por medio del Consejo de Estado de: a) Las acciones de nulidad y de plena jurisdicción sobre actos relativos a marcas, dictados bajo el régimen de la legislación anterior al 1o. de enero del año en curso. b) De las acciones que se le adscribieron por el nuevo Código de Comercio, específicamente de las de oposición y de cancelación del registro de marcas: de aquéllas mediante la verificación de la legalidad de los actos administrativos que las acogen o deniegan y de éstas por el examen de si los registros de las marcas se ordenaron o nó con violación del Art. 586 del C. de Co.. Por tanto, para que el Consejo de Estado pueda conocer de estas acciones, precisa que la Administración, al proveer sobre las solicitudes de registro de marcas dé aplicación a las normas pertinentes del nuevo Código de Comercio, vigentes desde el 1o. de enero del año en curso; pues la competencia que se atribuye, a este respecto, está condicionada por el régimen del nuevo estatuto, que sólo puede infringirse por actos administrativos dictados a partir de su vigencia, con mayor razón en el caso de las oposiciones, respecto de las cuales solo el nuevo Código de Comercio atribuye a la administración la facultad de resolverlas. c) De las acciones

contra los actos a que se refieren los Arts. 585 y 596 del nuevo Código de Comercio, fundadas en nuevas prohibiciones al registro de marcas, no previstas en la legislación anterior, las cuales sólo pueden ser procedentes respecto de las actuaciones posteriores a la vigencia del nuevo Código de Comercio. 2o. Los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá son competentes para conocer en primera instancia de las acciones de cancelación del registro de marcas, efectuadas con anterioridad al 1o. de enero del año en curso, aunque se propongan con posterioridad a esta fecha (Art. 17 C. de P.C.). (Auto de Mayo 22 de 1972, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Sustanciador, Dr: Humberto Mora Osejo. Acción de Cancelación del Registro No. 69752 de la marca "Colkim" expedido el 13 de octubre de 1969 en favor de la Sociedad denominada "Colombiana Kimberly S.A.". 396

75. MARCAS, TIPOS O CLASES DE VINOS.

Se declara nulo el art. 6o. del Decreto No. 296 de 1954, reglamentario del Decreto-Ley 992 de 1953, que dice: "Las palabras Oporto, Moscatel, Vermouth, Champaña, etc., usadas generalmente para distinguir las distintas clases de vinos nacionales deberán ir precedidas de los términos 'tipo' ó 'estilo' impresos en caracteres perfectamente legibles". El art. 6o. del decreto reglamentario No. 296 de 1954 acusado, desborda las disposiciones del decreto que dice reglamentar y por ende, choca contra los límites que a la potestad reglamentaria le señala el ordinal 3o. del artículo 120 de la Carta. Basta confrontar el texto de la norma acusada con las disposiciones reglamentadas, para deducir que aquélla no guarda relación alguna de necesidad para la cumplida ejecución de éstos reglamentados y por lo mismo, no es desarrollo del acto que dice reglamentar. A más de lo anterior, la aplicación del texto acusado induce, al quebrantamiento de varias normas de derecho marcario como lo serían, entre otras, el inciso 3o. del artículo 32 de la Ley 31 de 1925 que restringe el uso de los nombre geográficos para indicar la procedencia del artículo y el artículo 7o. de la Ley 63 de 1925 que ordena hace; la denominación de los productos de toda empresa en español y a la vez prohibe que en tal denominación figuren como de procedencia extranjera. (Sentencia de febrero 21 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección I. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández. Actor: Germán Cavelier. Acción de nulidad contra el artículo 6o. del Decreto No. 296 de 1954, reglamentario del Decreto-Ley 992 de 1953). 192

76. MULTA CONFISCATORIA.

La norma legal debe interpretarse dentro del marco de la norma constitucional. El artículo 221 del Decreto 444 de 1967 dice que la cuantía de

las multas puede ser hasta el 200% del monto de la operación comprobada. El artículo 34 de la Constitución Nacional dice, por su parte, que no se podrá imponer la pena de confiscación. Es evidente que la norma legal ha de interpretarse dentro del marco de la norma constitucional y que, por consiguiente, una multa que sea confiscatoria, aunque esté de acuerdo con la norma legal, no debe aplicarse, de acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Nacional. (Sentencia de 14 de abril de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Actor: Abbott Laboratories de Colombia S.A. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. S-013 de mayo 25 de 1970 de la Superintendencia del Control de Cambios, la Resolución No. S-026 de 17 de Junio de 1970 de la misma entidad). 369

N

77. NOMBRAMIENTOS EN INTERINIDAD HECHOS POR LOS ALCALDES. EFECTOS DE LA DECLARACION DE INEXEQUIBILIDAD DE UN ACUERDO.

Con el fín de evitar que por la falta de un funcionario o empleado lleguen a entorpecerse las labores de la Administración a suspenderse o dificultarse la prestación de un servicio público oficial, el artículo 249 del Código Político y Municipal le atribuye a la primera autoridad política del lugar, o sea el Alcalde en los Municipios, la facultad de nombrar un interino en el cargo vacante mientras el organismo, autoridad o corporación a quien corresponda proveerlo designa o elige a la persona que deba ejercerlo. Y como la declaración de inexequibilidad de un Acuerdo, equivalente a su revocatoria hace retornar la vigencia del estatuto que buscó derogar, es indudable que si aquél creaba cargos para reemplazar otros previstos en éste, los nuevos cargos quedan insubsistentes y los antiguos renacen para suplir el defecto de los desaparecidos y evitar así una parálisis administrativa por causa del Acuerdo contrario a derecho. Pero es claro que los empleos renacientes están vacantes al volver a la vida, por causa de la solución de continuidad en su existencia que ocasionó el Acuerdo inexequible. Entonces han de ser provistos, así sea interinamente, por la primera autoridad política municipal, o sea el Alcalde, para que no se paralice en todo o en parte la Administración por carencia de empleados. Así permite hacerlo el artículo 249 del Código de Régimen Político y Municipal, de aplicación indudable para el caso. (Ver Nos. 15, 68 y 86 del índice) 431

78. NOTIFICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Debe hacerse personalmente y si ello no fuere posible solo entonces procede la por edicto. Notificación en materia de impuestos sobre la renta. El legislador tiene prescrito que ningún acto que ponga fin a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional, departamental o municipal, producirá efecto legal alguno mientras no se notifique personalmente al interesado o a su representante y siempre que en el texto de la notificación se indique qué recursos proceden contra la providencia de que se trata. Sólamente cuando ha sido imposible hacer la notificación personal y de ello hay prueba puede acudirse al medio de la notificación por edicto (Decreto-Ley número 2733 de 1959). Es ésta una garantía que tienen los administrados que les permite conocer las obligaciones que las autoridades pretenden hacerles efectivas o las determinaciones tomadas respecto de sus peticiones para que informados deduzcan si el acto ha sido realizado por la autoridad competente, de acuerdo con las formalidades legales, por los motivos que fijen las leyes, con el contenido que éstas señalen y persiguiendo el fin que las mismas indiquen. Y como consecuencia si alguno de estos presupuestos falta propongan los medios de defensa que crean tener a su favor ante la rama ejecutiva solicitando reposición ante el mismo funcionario que pronunció la providencia para que se aclare, modifique o revoque o interponiendo apelación ante el inmediato superior con el mismo objeto. Y luego agotada la vía gubernativa, si ésta le es desfavorable, acudiendo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante la correspondiente acción y con el lleno de los requisitos fijados por la ley. En tratándose de impuesto esa garantía adquiere especial relieve para que la persona a quien se exige el tributo pueda interponer en tiempo oportuno los recursos indicados, bien sea para demostrar que no tiene obligación de pagarlo o para que se haga nueva liquidación que sustituya la realizada por el funcionario cuando estime que es errónea o indebida. Los miembros de la comisión de reforma administrativa creada en desarrollo de las facultades conferidas al gobierno por la ley 19 de 1958 y redactores del proyecto de decreto que luego vino a ser el número 2733 de 1959 explican la razón de las modificaciones introducidas al código de la materia en el capítulo que reglamenta el procedimiento gubernativo diciendo que éste debe ser de tal naturaleza que lejos de retardar acelere el proceso que conduce a poner bajo la jurisdicción de los tribunales la conducta oficial como una auténtica garantía de respeto a las libertades y derechos humanos, por lo que en el estatuto citado se dispone que la notificación de una providencia debe hacerse personalmente y si ello no fuere posible solo entonces se puede echar mano de la notificación ficta. "Este procedimiento –dicen– es suficiente para poner en conocimiento de quien ha venido actuando ante la administración las determinaciones de ésta, desde luego que hay que suponer un relativo interés por parte de esa persona en conocer el resultado oficial de su gestión". Y aclaran que en beneficio de la

rápida prestación de los servicios públicos y del reconocimiento de los derechos de los gobernados no es indispensable el uso del recurso de reposición para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, como así lo había dicho el Consejo de Estado en fallo de 12 de marzo de 1946. En impuestos, el Decreto 1651 de 1961 mantiene los establecidos por el Decreto 2733 de 1959 y prescribe iguales formalidades para la notificación, pero amplía a diez días el término para interponerlos. Y agrega: "para este efecto se citará a quien debe notificarse, mediante oficio enviado a la dirección señalada para tal fin en el respectivo recurso" (art. 49). Pasados los diez días sin que se obtenga la presentación personal, la notificación se hará por edicto que se debe fijar por cinco días en lugar público del respectivo despacho, dejando constancia de las fechas de fijación y desfijación (artículo 50). Para hacer la notificación se podrá comisionar a los funcionarios de la vecindad del interesado (artículo 61). Diez días después de la notificación personal o por edicto si no existen recursos o el interesado no los interpuso, la providencia queda ejecutoriada y agotada la vía gubernativa (artículos 52 y 53). La expresión de la ley *"si no se pudiera hacer la notificación personal"* (Decreto 2733 de 1959, artículo 11) les impone a las autoridades la obligación de hacer gestiones tendientes a comunicarle al interesado la expedición de la providencia para que se presente a recibir la notificación personal de la misma, entre las cuales está en primer lugar la de enviarle la carta de citación con empleado de la oficina con el encargo de entregarla en la dirección registrada y obtener recibo de la entrega del despacho. Y si no reside en la ciudad, comisionando a los funcionarios de la vecindad del interesado para que lo hagan en igual forma. Solo entonces, si el interesado no se presenta en el plazo señalado, puede acudirse al procedimiento de la notificación por edicto. (Ver el No. 61 del índice) 431

79. NULIDADES EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Además de las causales de nulidad consagradas por el C.C.A., cabe la nulidad genérica, en el procedimiento, de que trata el artículo 26 de la Constitución Nacional. El señor Fiscal 3o. de la Corporación observa acertadamente que al decretar la acumulación por parte del Tribunal se cometió una grave irregularidad procesal, por cuanto no se configuraba la causal contemplada en el artículo 229, numeral 3o. del Código Contencioso Administrativo. Estoy de acuerdo con la apreciación del señor Agente del Ministerio Público: En efecto, el texto de la norma en cita es el siguiente: "Deberán fallarse en una sola sentencia los juicios que se adelanten en ejercicio de alguna de las acciones consagradas en este Capítulo, en los siguientes casos:" . . . . . ". . . . . ."3) Cuando el objeto final de las demandas es el mismo, aunque se refieran

a actos distintos cumplidos por Corporaciones o funcionarios de distinta categoría. "PARAGRAFO. No es obstáculo que sean distintas las partes en los respectivos juicios ni que en unos se persiga la nulidad o rectificación total y en otros sólo se ataque parcialmente el acto. Bastará, en suma, que se afecte la declaración o elección en todo o en parte". Ahora bien; en el caso que se estudia se trata de dos elecciones *distintas,* vale decir, que "el objeto final de las demandas" *no es el mismo,* por tanto no es aplicable el citado artículo. Sinembargo, continúa el señor Agente del Ministerio Público, que no es el caso de decretar ninguna nulidad, por cuanto esta irregularidad no está contemplada en el artículo 113 de la Ley 167 de 1941. Por este aspecto disiento de lo expresado por el señor Fiscal. Es cierto que el hecho anteriormente anotado no está erigido en causal de nulidad por el C.C.A., pero sí se plantea el caso de la nulidad genérica de que trata el artículo 26 de la Constitución Nacional; hubo una flagrante violación en el procedimiento que vicia de nulidad todo lo actuado a partir de aquel momento, vale decir, desde el momento en que se decretó la acumulación de los dos juicios. Pero existe algo más: en la parte motiva del fallo apelado el Tribunal cometió otra irregularidad, cual fue la de hacer el nuevo escrutinio en cuanto a la elección verificada por el Concejo Municipal de Pereira, acto que había declarado nulo. Esto no lo podía hacer el Tribunal en aquella oportunidad, porque el texto del artículo 238 del C.C.A. es muy claro. Su tenor es el siguiente: "Si como consecuencia de lo resuelto debiere practicarse por el Tribunal o por el Consejo un nuevo escrutinio, se señalará en la misma sentencia día y hora para ello. "Este señalamiento no podrá hacerse para antes del segundo día hábil siguiente a la ejecutoria del fallo ni para después del quinto, contado en la misma forma". (Salvamento de voto del Consejero: Dr. Carlos Portocarrero Mutis, en la sentencia de Mayo 9 de 1972 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en que fué ponente el Consejero Dr. Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Alberto Gutiérrez Botero y otro. Juicios electorales). (Ver Nos. 45 y 52 del índice). 552

O

80. OPERACIONES ADMINISTRATIVAS MIXTAS, INTEGRADAS POR ACTOS ADMINISTRATIVOS Y OBRAS PARTICULARES.

La Ley no las consagra. La ley no consagra operaciones administrativas mixtas, integradas por actos administrativos y obras particulares, de las cuales éstas sean "la consecuencia forzosa" de aquéllos, sino actos, hechos y operaciones administrativos, como actos y hechos de los particulares, sometidos a distintos regímenes jurídicos. (Ver No. 6 del índice). 493

P

81. PENSION DE JUBILACION.

Armonización de la Ley 171 de 1961 Art. 4o. con la Ley 4a. de 1966 Art. 4o., respecto del porcentaje sobre el cual debe liquidarse una pensión y el tiempo a que se contrae la promediación de salarios. Reingreso al servicio de los pensionados para reajustar la cuantía reconocida. La cuestión debatida se contrae a la armonización de dos normas, a saber: Ley 171 de 1961, artículo 4o. y Ley 4a. de 1966, artículo 4o. La Sala piensa que la Ley 4a. de 1966 modifica tanto el porcentaje a que tiene derecho quien reúna los requisitos legales para jubilarse o haya adquirido dicho status, como también el tiempo sobre el cual se promedian los salarios, puesto que se trata de dos estatutos del mismo carácter general; y que de conformidad con el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887, la norma posterior deroga tácitamente a la primera, cuando se refiere a puntos en los cuales se reglamenta íntegramente la materia, como en el caso de autos, al establecerse el porcentaje sobre el cuál debe liquidarse una pensión y el lapso a que se contrae la promediación de salarios. Ahora bien, lo anteriormente dicho no significa que la Ley 171 de 1961 esté totalmente derogada por la 4a. de 1966, ya que ésta nada preceptúa en relación con el derecho que asiste a los pensionados para reingresar al servicio por espacio de tres años o más y obtener así un reajuste de la cuantía reconocida, materia contemplada por aquélla y qué continuó vigente hasta 1966, cuando el Decreto-Ley número 2400 del mismo año, en su artículo 29 prohibió el reintegro al servicio oficial - con algunas excepciones,- como igualmente lo estatuyen los Decretos números 3074 de 1968 y 1848 de 1969 en sus artículos 78 y 79. (Sentencia de Abril 25 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Jesús Alberto Galindo Sánchez. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 228 de febrero 28 de 1968 y el acto de fecha 10 de febrero de 1969, dictados por el Gerente del Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca y la Resolución número 20 de mayo 30 de 1969, firmada por el Gobernador del Departamento de Cundinamarca)..... 475

82. PETROLEOS.

Régimen Jurídico de la Industria del Petróleo como Servicio Público. La ley 37 de 1931, Art. 3o., declaró de utilidad pública la industria del petróleo, en sus diferentes etapas, y la ley 20 de 1969, la propiedad de la Nación sobre todas las minas y yacimientos de hidrocarburos, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros. En la ley 165 de 1948, que dió orígen a la Empresa Colombiana de Petróleos dice, se califica la industria, en todos sus

aspectos, de SERVICIO PUBLICO. La ley 20 de 1969, en su artículo 12, autorizó al Gobierno para "declarar de reserva nacional cualquier área petrolífera del país y aportarla, sin sujeción al régimen ordinario de contratación y de licitación, a la Empresa Colombiana de Petróleos para que la explore, explote y administre directamente o en asociación con el capital público o privado nacional o extranjero". La finalidad social y el beneficio colectivo a que están destinados los yacimientos de hidrocarburos y en general la riqueza minera del país, que tradicionalmente nuestras constituciones han reservado como una propiedad nacional, los proclaman con particular énfasis diferentes disposiciones legales. Entre estas pueden citarse: La ley 10 de 1961, Art. 6o., al reglamentar la calificación de la capacidad económica de los proponentes de contratos. El decreto 1275 de 1970, reglamentario de las leyes 60 de 1967 y 20 de 1969, y en desarrollo de principio similar contenido en esta última ley (Art. 2o.). –Como servicio público califica igualmente el Consejo de Estado la explotación del petróleo–. Ilustra igualmente el criterio legislativo sobre la naturaleza jurídica de la industria del petróleo, lo dicho en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 430. A las disposiciones legales citadas podrían agregarse, por vía de ejemplo, algunas normas del Código de Petróleos características de la reglamentación de un servicio público, como son: la que prohibe al concesionario "restringir la producción de petróleos de su empresa a una cantidad menor de la cuarta parte de la capacidad productiva máxima de sus pozos", (Art. 27); la que fija la inversión anual mínima, (Art. 27) la que establece la reversión y las providencias conservatorias, (Art. 31); la que considera "los oleoductos de uso público" como "empresas públicas de transporte", (Art. 45); la que obliga a todos los oleoductos de uso privado a "utilizar el sobrante efectivo de su capacidad transportadora . . . para el acarreo de petróleo de terceros" (Art. 47) las que autorizan al gobierno para imponer multas (Art. 67) o para declarar la caducidad del contrato (Art. 68), y en forma especial, el art. 158 del Código de Petróleos que faculta al Ministerio de Minas y Petróleos para ejercer "de manera constante la vigilancia sobre la forma como se efectúe la explotación de los yacimientos de petróleo de propiedad nacional, con el objeto de impedir el agotamiento prematuro de los campos, el desperdicio de aceite o gas o, en general, una explotación contraria a la técnica o a la economía". Igualmente pueden citarse como disposiciones típicas de la reglamentación de un servicio público, los artículos 27 a 32 del decreto 1348 de 1961, reglamentario de la ley 10 de este mismo año. La calificación de una actividad como servicio público es propia del legislador. Si la industria del petróleo, en sus ramas de exploración, explotación, refinación, transporte y distribución, está declarada por el legislador de utilidad pública, si igualmente el legislador ha declarado la propiedad de la Nación sobre los yacimientos de hidrocarburos, si la explotación del petróleo –directamente o por medio de concesiones– es actividad que la ley señala como propia de la administración, es forzoso concluír que se trata de servicios de utlidad general sometidos al

régimen jurídico de los servicios públicos. (Ver Nos. 19, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 33 y 34 del índice) 25

83 POLUCION DE AIRE – "INMISSIONES".

En el Derecho Romano. En el moderno mundo industrial. Métodos para establecer un justo equilibrio entre la defensa de la naturaleza y de la salud humana y las necesidades de la Industria. El el viejo problema de las "inmissiones" de que ya se ocupaban los juristas romanos. Ellos opinaban que todo propietario debía permitir las inmissiones o emanaciones que provinieran de fundos ajenos, producidas por el uso normal de una cosa por parte del vecino. El propietario debía permitir la inmissión producida por el humo al cocinar, pero no estaba obligado a permitir una inmissión producida por el ejercicio de una actividad industrial; para los juristas de ese entonces el uso normal era aquél que estaba dictado por las necesidades familiares (Derecho Romano, tomo I, pág. 134 L. Jaramillo Vélez). Con esta regla se podía vivir en la sencilla civilización antigua, pero es evidente que ella no puede aplicarse al moderno mundo industrial, en el cual las máquinas ocupan un lugar tan importante. Hoy, los propietarios tienen que recibir más inmissiones de las que tenían que recibir antes de la era industrial. En cambio, el poder público ha tenido que intervenir por medio de leyes, para tratar de establecer un justo equilibrio entre la defensa de la naturaleza y de la salud humana frente al progreso industrial, para no permitir que éste destruya a aquella. Este equilibrio entre la defensa de la naturaleza frente a las necesidades de la industria se consigue mediante varios métodos, como son la zonificación del territorio, dentro de la cual las industrias peligrosas se ubican en determinadas regiones en donde causen un mínimo de daños; el uso de modernos aparatos, como filtros y otros, que eviten la polución del aire, y del agua. Y sólamente, cuando con ninguno de estos métodos pueda remediarse el mal, podrá llegarse al recurso extremo del cierre definitivo de la fábrica peligrosa para el ritmo normal de la naturaleza o la salud y bienestar de los habitantes. Todas esas medidas deben graduarse con la mayor prudencia en cada caso concreto, "limitándose a lo estricto necesario y guardando una proporcionalidad entre el medio escogido y el fín por obtenerse", como bien lo dice el Tribunal Administrativo de Antioquia. (Sentencia de marzo 21 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Actor: Compañía de Obras Urbanas Limitada (John Quijano). Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 47 y 55 de mayo 2 y de junio 25 de 1969, dictadas por el Secretario de Educación, Salud y Bienestar de Medellín)..... 509

84. PRESTACIONES SOCIALES.

Su irrenunciabilidad. Los mayores de 50 años pueden renunciar al Seguro de Vida pero no a la pensión de invalidez. Los inválidos pueden renunciar a aquellos riesgos que sean consecuencia de su estado. En principio, las prestaciones sociales tienen el carácter de irrenunciables. Así lo dispone terminantemente el artículo 11 del decreto 2127 de 1945, el cual fue subrogado por el 1o. del 2615 de 1946 que dice: "El artículo 11 del decreto 2127 de 1945, quedará así: "Artículo 11. Los derechos consagrados por las leyes en favor de los trabajadores, no son renunciables. "Sinembargo, los mayores de cincuenta años podrán renunciar total o parcialmente, al seguro de vida. "Los inválidos podrán renunciar a las indemnizaciones establecidas en las leyes para aquellos riesgos que sean precisamente una consecuencia de su estado de invalidez. Se entiende por inválidos, para tal efecto los trabajadores con defectos orgánicos o fisiológicos definitivos, pero que están todavía en condiciones de desarrollar alguna capacidad de trabajo". De la norma transcrita se deduce, sin lugar a dudas, que los mayores de cincuenta años pueden renunciar al seguro de vida, pero en forma alguna a la pensión de invalidez. Los inválidos en cambio, pueden renunciar a aquellos riesgos que sean consecuencia de su estado. Esta renuncia a determinadas prestaciones, tiene por objeto, como lo dice el salvamento de voto de uno de los consejeros, "facilita la manera de que los mayores de cincuenta años y los inválidos o enfermos, tengan la posibilidad de emplearse y ganarse un salario para su subsistencia". Pero, para la Sala, es obvio que la renuncia que pueden hacer los mayores de cincuenta años, es únicamente para el seguro de vida y no para otra clase de prestaciones. La norma copiada atrás no deja dudas al respecto. En tal forma que si una persona, mayor de cincuenta años, es admitida al servicio público en buenas condiciones de salud, no tiene por qué renunciar a la pensión de invalidéz. Unicamente puede hacerlo en relación con el seguro de vida. En cambio el que ya es inválido puede renunciar a las indemnizaciones provenientes de este estado de salud. (Sentencia de Junio 21 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez. Actor: Ana Castro vda. de Hernández. Acción de nulidad contra las Resoluciones Nos: J-05467 de agosto 29 de 1967 y I-00419 de enero 15 de 1968 proferidas por la Caja Nacional de Previsión). 427

85. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

En las actuaciones de la Administración. Es principio fundamental de nuestro Derecho Público el de que la Administración tiene subordinadas todas sus actuaciones a la Ley de modo que solo puede efectuar aquello para lo cual está autorizada por esa ley, dentro de las prescripciones, formas y procedimientos en ella señalados, y en la oportunidad y para los fines previstos en dicha norma. Las actuaciones administrativas por fuera o contra

esas regulaciones de la ley, son nulas. Este principio tiene su justificación en la exigencia de salvaguardiar el interés público o social que representa la administración. Con base en esto, la administración y sus organismos, en todos los sectores y niveles, no es libre para contratar. Las leyes señalan el régimen de contratación de tales organismos, condicionando el ejercicio de la del patrimonio del Estado y los recursos destinados a la prestación de los servicios públicos y a la satisfacción de los deberes sociales del mismo Estado, entre los cuales está el de la atención de la asistencia pública. (Ver el No. 73 del índice) 165

86. PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Características específicas. El fin primordial del juicio contencioso administrativo es la defensa del orden jurídico institucional, característico del Estado de Derecho, al permitirle a tribunales especializados que, por iniciativa de cualquier persona, puedan juzgar los actos de la Administración en cuanto a su constitucionalidad, legalidad o acomodo a textos de rango superior en el elenco normativo. Y no se desvirtúa esa finalidad primordial por la circunstancia de que no siempre obre el demandante con el móvil altruista de defender el imperio de la ley sino que busque en ocasiones la satisfacción de un interés particular, desde luego que el logro de este último propósito exige la demostración previa de que el acto al que se atribuye daño concreto al gobernado es contrario a derecho y merece anularse. O sea que antes de proveer remedio al mal privado, ha de estar restablecida la incolumidad del régimen jurídico objetivo, razón de ser esencial del juicio de que se trata. Se justifica entonces que un proceso, donde el interés colectivo o general priva ostensiblemente sobre el particular y donde se acusan actos gubernamentales y no se demandan personas, esté revestido de menores pompas y requisitos que el juicio contencioso civil, en el cual es indispensable que el demandado goce de garantías suficientes para defenderse de las aspiraciones que a expensas suyas, tiene el demandante al ejercer una acción contra él. Pero así como aún en materia civil el derecho de defensa del demandado no puede extralimitarse hasta el punto de retardar indefinidamente la efectividad de un legítimo derecho del actor o de hacerlo nugatorio al través de recursos o incidentes vacíos de contenido jurídico pero llenos de malicioso formulismo procesal, en el juicio contencioso administrativo las formas o ritos estereotipados o rutinarios han de ceder ante el derecho sustancial, así como el interés particular cede ante el general, según quedó visto. No puede pensarse entonces que en el proceso contencioso administrativo la llamada garantía de las dos instancias tiene el mismo valor y la misma importancia como forma de derecho de defensa que en el proceso civil. Tanto es así que el legislador mismo al distribuir la competencia para el conocimiento de los

diversos asuntos ante los organismos que componen la jurisdicción de lo contencioso administrativo, le atribuye al Consejo de Estado la decisión en única instancia de los negocios que por su cuantía o por su trascendencia jurídica o social pueden considerarse como de primera magnitud dentro de la especialidad. Basta repasar los textos pertinentes del Decreto Ley 528 de 1964 y demás normas sobre la materia para convencerse de que así es. Asímismo, no puede predicarse la vigencia absoluta en el juicio contencioso administrativo de principios que como el llamado de la *reformatio in pejus* son de obligatoria observancia en el proceso civil, pues la distinta índole y las diversas finalidades que se persiguen en uno y en otro imponen que así acontezca. En efecto, el fin cardinal del proceso administrativo, que es la tutela del orden jurídico, se cumple con el pronunciamiento certero de la jurisdicción de lo contencioso sobre la legalidad o ilegalidad del acto acusado, sea que triunfe o no triunfe en sus pretensiones quien lo impugó que, de todos modos, nada pierde ni nada gana, cuando menos como consecuencia directa o inmediata del proceso, con la sentencia favorable o desfavorable a su solicitud de anulación. Es obvio entonces que en esta hipótesis la *reformatio in pejus* no puede ser cortapisa para que el tribunal de segunda instancia examine en su totalidad el proceso de mera anulación, así sea que sólo haya apelado del fallo el actor. Ello acontece siempre en los llamados juicios electorales, que son apenas una forma específica del proceso de simple nulidad en la cual sólo es atendible, sin excepción alguna, el interés colectivo, sea para defender la pureza del sufragio popular, para tutelar los preceptos que fijan calidades de elegibilidad o causales que impidan hacerlo, o para hacer respetar en todo caso el régimen jurídico objetivo. Hipótesis distinta y ajena por completo al juicio electoral, según quedó visto, es aquella en que el actor no se limita a impetrar la anulación de providencias gubernamentales sino que busca también satisfacer un interés personal, porque entonces sí debe operar el principio de la *reformatio in pejus* en lo que respecta a la satisfacción de ese interés y a la declaración de nulidad del acto acusado como base de satisfacción salvo que a pesar de ser el demandante el único que apela contra el fallo, exista la consulta de éste a favor de la Administración y por ministerio expreso de la ley. Y si, como lo demuestran las reflexiones anteriores, el principio del doble grado de jurisdicción, o de las dos instancias, y el de la *reformatio in pejus* no tienen vigencia rigurosa como garantía del litigante en el proceso contencioso administrativo, mal pueden servir de pretexto para devolverle al juzgador de primera instancia un negocio con la orden de que califique la procedencia o improcedencia en concreto de las súplicas del actor, es decir que dicte un llamado fallo de fondo, cuando en realidad ese juzgador ya expresó su concepto, certero o erróneo pero concepto al fin, sobre el asunto que tuvo a su estudio y cuando también al proferir sentencia, buena o mala, estimatoria o desestimatoria de la acción por motivos formales o sustanciales, de todos modos agotó la instancia, hasta el punto de que si su decisión no hubiese sido apelada en tiempo oportuno,

como lo fué en este caso, con ella hubiera concluído definitivamente el proceso conforme a la ley por el medio normal de conseguirlo. (Ver Nos. 15, 68 y 77 del índice). 562

87. **PRUEBAS.**

Oportunidad del Ministerio Público, de las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción y del demandante, para solicitar la práctica de pruebas. Inclusión de pruebas con la demanda. Dice el ordinal 3o. del artículo 126 del C.C.A.: "Que se fije en lista por el término de cinco (5) días para que el Ministerio Público o las partes que quieran coadyuvar o impugnar la acción puedan solicitar la práctica de pruebas y hacer valer los demás derechos que la ley les otorga". Si se examina con detenimiento el precitado ordinal 3o. se puede evidenciar que el término allí señalado de cinco (5) días es para el Ministerio Público o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción, ya que en dicha normación legal en parte alguna se ordena que el demandante también tiene que acogerse a los cinco días. Ello quiere decir, en sentir de esta Sala, que ese plazo opera únicamente para personas diferentes al demandante. Si esta Corporación ha venido sosteniendo la tesis de que sólo durante el término de fijación en lista es cuando se pueden pedir las pruebas y, además, que dentro de esa noción quedan incorporadas los posibles coadyuvantes y opositores, indudablemente la interpretación ha sido por vía de jurisprudencia puesto que no se puede negar que en el ya mencionado ordinal 3o. del artículo 126 existe un vacío en lo que respecta al demandante. Y esa interpretación es racional porque en caso contrario el demandante no tendría una autorización expresa para hacer valer su derecho. Pero esa generalizada interpretación no puede continuar porque el artículo 282 del C.C.A., sobre reenvío legal, al disponer "que los vacíos en el procedimiento establecido en esta ley se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil" está indicando claramente que debe darse aplicación al artículo 77 del C.P.C. sobre inclusión de la prueba con la demanda. Sin perjuicio de que el demandante pueda también hacer uso del término probatorio previsto en el ordinal 3o. tantas veces citado. Este sistema tiene la ventaja de la lealtad procesal con el Ministerio Público porque en el momento de pedir pruebas tendría la oportunidad de hacerlo sobre algunos hechos ya conocidos y nunca sería sorprendido en su labor de defensa de la sociedad. (Auto de junio 22 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera. Actor: Winfried Manske. Acción indemnizatoria). 538

R

88. RECLASIFICACION DE EMPLEOS.

Concepto. Sistema de clasificación de empleos vigente. El sistema de clasificación de empleos vigente está señalado en la parte inicial del Decreto-Ley 2285 de 1968. Su artículo 1o. ordena la clasificación de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias y enuncia como criterios para tal clasificación el análisis de las correspondientes funciones y la determinación consecuente de las calidades exigibles para su ejercicio. Del análisis de la naturaleza del trabajo que se desempeña en los empleos, de la deducción de las aptitudes, capacitación profesional y experiencia requeridos en sus agentes para desarrollarlo y de la agrupación de los cargos que tienen actividades afines, resultan "las clases de empleos". Los grupos de empleos son tareas globales substancialmente similares y cuyos funcionarios deben tener cualidades iguales, según la definición de "clase" dada en el Artículo 2o. del Decreto 2285, se identifican por esas razones, con la misma denominación y son remunerados con igual sueldo básico. La nomenclatura correspondiente a la clasificación adoptada debe ser establecida por la ley, y comprende también las series de clases de empleos, o sea, la graduación resultante entre clases semejantes, por la naturaleza de su función pero distintas por razón de la mayor o menor responsabilidad que apareja su ejercicio y la dificultad y complejidad de sus funciones. Prevé el parágrafo del artículo tercero del decreto en mención que los empleos sean reclasificados, previsión obvia dada la flexibilidad que debe tener la administración en la gestión de sus servicios. Dicha disposición preceptúa que "cuando las necesidades del servicio exijan la variación substancial y permanente de las funciones de un empleo", será reclasificado mediante decreto. (Concepto de marzo 13 de 1972. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Dr. Luis Carlos Sáchica. Consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno. Su publicación fué autorizada con oficio No. 0885 de abril 12 de 1972 del mismo Ministro). (Ver el No. 95 del índice). . . . . .

89. REGIMEN DE CAPITALES EXTRANJEROS ESTABLECIDO POR LA LEY 8a. DE 1952.

Cálculo de las utilidades remesables al exterior. Una lectura atenta de la Ley 8a. de 1952 y del Decreto Reglamentario 55 de 1952, hace ver que, dentro de su régimen, se podía registrar en la Oficina de Cambios la importación de capitales extranjeros representados en monedas foráneas convertibles en oro

o de libre negociabilidad, o representados en maquinarias o equipos industriales, agrícolas o mineros (Ley 8, arts. 1o. y 2o.). Es decir, que no eran registrables las importaciones de capital representado en especies o bienes distintos de tales maquinarias o equipos, como las materias primas, mercancías elaboradas o semielaboradas, marcas o patentes, por ejemplo. El hecho de registrarse un capital le concedía a su titular las siguientes prerrogativas: reexportarlo en cualquier tiempo, remesar al exterior el monto de las utilidades netas producidas por ese capital o registrar como si fuera nuevo capital importado el valor de tales utilidades, si optaba por no distribuirlas. (Ibid. Arts. 3o. y 7o.). Asímismo, los préstamos extranjeros hechos en dinero efectivo a personas domiciliadas en Colombia podían ser registrados para el titular del crédito o acreedor si su plazo era de un año cuando menos y si la tasa de interés no excedía del 8% anual. El registro facultaba a su beneficiario para reexportar el capital prestado, remesar sus rendimientos o capitalizarlos con derecho a registro adicional. (Ibid. Parágrafo Art. 1o., Art. 3o.). Naturalmente las ventajas concedidas a foráneos eran para los dueños del capital prestado y de sus intereses o frutos, es decir, para los prestamistas, quienes podían recuperar el capital a medida que el deudor iba amortizando la obligación y recibir el rendimiento o interés pactado mediante remesas hechas por el deudor en las oportunidades estipuladas, previa obtención de la respectiva licencia de cambio. Pero en cuanto a esta especie de inversiones privilegiada, su naturaleza misma indica que el deudor no podía pretender ventajas para él como la de remesar las utilidades que afirmará haber obtenido con el uso inteligente y acertado del dinero que recibió en mutuo, tal como si se tratara de rendimientos logrados con el manejo de su propio capital importado, desde luego que el beneficio directo e inmediato de una y otra especie de capital extranjero le correspondía a su respectivo dueño: el del importado para invertir en el país, al inversionista que lo trajo; el del importado a título de préstamo, al acreedor o prestamista. Y así como el importador inversionista podía exportar las ganancias obtenidas, el prestamista tenía derecho a recibir en el exterior los frutos de su crédito, es decir, los intereses convenidos con el deudor. Se trata en uno y otro caso de capitales generados fuera de Colombia pero que fructifican para sus respectivos dueños dentro del país, bajo el régimen de las leyes nacionales. Caso distinto es aquel en que, por el buen manejo del crédito obtenido fuera del país, el deudor no sólamente consigue restituír lo recibido en mutuo y pagar los intereses sino también un beneficio económico para él, pues lo que entonces acontece es que gracias a la acertada actividad del deudor se genera un nuevo capital, ya colombiano, cuyos beneficios en el futuro han de quedar sujetos al régimen de los capitales criollos, en el cual sería cuando menos exótico o extravagante pretender que existiera el derecho a exportar las utilidades aún en la hipótesis de que el dueño del capital sea persona extranjera. Así pues, dentro del sistema de la Ley 8a., si una persona era a la vez dueña de un capital importado y deudora de prestamistas extranjeros, tenía

derecho a remesar utilidades en proporción al monto de su propio capital y carecía de facultad para hacerlo en cuanto a beneficios logrados con el crédito, fuera externo o interno, pues tales beneficios en realidad la hacían dueña de un nuevo capital producido en Colombia. Los anteriores razonamientos muestran también que el artículo 1o. del Decreto 55 de 1952, reglamentario inicialmente del Decreto Legislativo 1625 de 1951 y luego de la Ley 8a. de 1952, que reprodujo en esencia aquel Decreto, no está viciado de ilegalidad cuando expresa que en tratándose de préstamos extranjeros, sus utilidades remesables están representadas en el valor de los intereses convenidos y no dan derecho, por lo tanto, a ningún otro reembolso al exterior a título de rendimientos, porque así surge de la naturaleza específica del contrato de mutuo: los intereses devengados son frutos para el acreedor y el costo del préstamo para el deudor, quien no puede saber si obtuvo ganancia o pérdida en el manejo del dinero recibido en mutuo mientras no haya satisfecho tales intereses y los demás gastos o costos necesarios para el funcionamiento de su propio negocio. Estas mismas razones desvanecen también la aspiración de que, con fundamento en el texto del artículo 10 de la Ley 8a., hubiera podido colacionarse dentro del monto del capital importado con derecho a remesar utilidades el valor de los préstamos obtenidos en el exterior, por la simple circunstancia de que dicha norma sólo mencione como rubro no computable para tal efecto la cuantía de los préstamos recibidos dentro del país, pues en lo que atañe a una y otra especie de créditos acontece lo mismo: el dueño del dinero prestado es el acreedor y, en consecuencia, fructifica para él, obviamente, y a expensas del deudor, quien, si consigue algo más al manejarlo, está generando para él y no importando un nuevo capital según quedó visto. Queda así absolutamente en claro que, dentro del régimen de la Ley 8a. de 1952, sólo tienen derecho a remesar utlidades o dividendos: el capital importado por su propio dueño para invertirlo en Colombia, o esas mismas utilidades remesables que fueran reinvertidas como un nuevo aporte de capital al país. (Ver el No. 44 del índice). 330

90. REINTEGRO AL SERVICIO.

Si la declaración de reintegro no puede equipararse a un nombramiento y si se profiere como culminación de una actuación administrativa, debe notificarse y contra ella proceden los recursos de la vía gubernativa. Sostiene la Sala que, como la declaración de reintegro que hace la Administración en cumplimiento de una sentencia no comporta nombramiento, por ello no requiere notificación y produce efectos instantáneos. Sin embargo, el anterior razonamiento carece de lógica. Porque si la Sala hubiese hecho una afirmación contraria, verbigratia, "como la declaración de reintegro comporta un nombramiento, no requiere notificación y produce efectos instantáneos", este aserto sería también jurídicamente discutible, pero al menos no tan ilógico,

pues es sabido que el nombramiento, como acto condición, que es, no exige notificación y puede ejecutarse inmediatamente. Si la "declaración de reintegro", como la denomina la Sala, y que con mayor exactitud podría llamarse "órden administrativa de reintegro", no puede equipararse a un nombramiento y, si, además, se profiere como culminación de una actuación administrativa provocada por un particular, mediante solicitud de cumplimiento de una sentencia, es indiscutible que deba notificarse y que contra ella procedan los recursos legales por vía gubernativa, tal y como lo preceptúan los artículos 10, 11, 12, y 13 del Decreto número 2733 de 1959. (Salvamento de Voto del Consejero Dr. Alvaro Orejuela Gómez. (Ver el No. 91 del índice). 317

91. REINTEGRO AL SERVICIO EN CUMPLIMIENTO DE DECISIONES DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

La declaración de reintegro al servicio no comporta nombramiento, no requiere notificación y produce efectos instantáneos. La Administración puede, cuando el empleado reintegrado es de libre nombramiento y remoción, removerlo después de reintegrarlo. La declaración del reintegro de un empleado al servicio no comporta nombramiento del mismo con las modalidades consiguientes a un acto de esta naturaleza, "pues se trata tan solo de que el empleado ilegalmente removido del cargo reasume sus funciones", según ha tenido el Consejo oportunidad de decirlo sentencia de agosto 23 de 1962). Por lo cual en realidad, una vez hecha la declaración de reintegro, el empleado —que así lo ha pedido como restablecimiento de su derecho— que da ipsofacto en capacidad de asumir sus funciones, sin necesidad de notificación. Por consiguiente, si de ese momento en adelante, viene un nuevo acto de la Administración declarándolo insubsistente en el cargo, ese acto por tratarse de empleo de libre nombramiento y remoción, no es ilegítimo porque otra cosa "implicaría sostener la tesis injurídica de que la sentencia prolongaría sus efectos después del acto de incorporación del funcionario, con desconocimiento de la facultad que tiene la persona administrativa para remover libremente a los empleados no protegidos por estatuto alguno de inamovilidad". (Sentencia de febrero 18 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección II. Consejero Ponente: Dr. Rafael Tafur Herrán. Con Salvamento de Voto del Consejero Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Oscar Humberto Echeverry. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones números JO 008 y JO 009 de 29 de septiembre de 1970, dictadas por la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional). (Ver el No. 90 del índice). 317

92. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION POR "EL ERROR JUDICIAL".

Por causa de actos jurisdiccionales dictados por Visitadores Fiscales de la Contraloría General de la República, investidos del doble carácter de funcionarios administrativos y de instrucción criminal, al practicar visitas fiscales a funcionarios de manejo, que les originan perjuicios con la detención preventiva, la sindicación y la investigación penal por supuesto delito. Estos perjuicios no pueden desvincularse del acto jurisdiccional, pues, no se ve cómo pueda resultar la relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño, prescindiendo de aquél. La Administración no es responsable por los perjuicios derivados de haber dado cumplimiento a los artículos 10 y 11 del C. de P.P. La Ley consagra la responsabilidad por "el error judicial" a cargo del funcionario autor del acto jurisdiccional y no de la Administración (Artículo 40 C. P. C.). Pese a la argumentación que en el fallo de marzo 3 de 1972, en que fué ponente el Honorable Consejero Dr. Carlos Portocarrero Mutis y en el que es actor el señor Alfonso Lombo Ortega, se hace para no consagrar jurisprudencialmente la responsabilidad de la Administración por el error judicial, tal responsabilidad en el caso de autos, de él se deriva. En efecto, de las peticiones y de los hechos de la demanda se infiere que los presuntos perjuicios que el demandante señor Alfonso Lombo Ortega pretende que el Estado le indemnice, se derivan del hecho de haber permanecido en la cárcel, en detención preventiva, varios meses. Los Visitadores Fiscales de la Contraloría General de la República tienen, por ley, el doble carácter de funcionarios administrativos y de instrucción criminal respecto de los asuntos de su competencia, de tal suerte que éllos profieren providencias de carácter jurisdiccional como son los autos cabeza de proceso, los de detención, etc. En consecuencia, un auto de detención pronunciado contra un funcionario de manejo por un Visitador Fiscal investido del carácter de funcionario de instrucción, es una providencia de carácter judicial expedida por funcionario competente. Y esto fué lo que ocurrió en el presente caso. El Visitador Fiscal, terminada la visita de carácter administrativo y en vista de su resultado, asumió las atribuciones que le dá la ley como funcionario de instrucción y dictó auto de detención contra el señor Alfonso Lombo Ortega por el presunto delito de "peculado", remitiendo luego el expediente levantado por él al Juez promiscuo único del circuito de Popayán a quien correspondía continuar la investigación. Y el señor Lombo quedó detenido preventivamente. No solo es de rutina sino que así lo ordenan las disposiciones pertinentes, que los Visitadores Fiscales de la Contraloría General de la República practiquen periódicamente visitas a los empleados de manejo, y es frecuente el caso de que los Visitadores eleven a alcances sumas que, en el momento de la visita, el empleado de manejo no compruebe su correcta inversión, pero es asimismo normal que posteriormente y una vez aclarado el presunto alcance, la Contraloría expida

el finiquito correspondiente libre de toda responsabilidad. Esto ocurre a diario, sólo que, en ocasiones, como sucedió en ésta, el Visitador resolvió asumir sus funciones de funcionario de instrucción criminal y proferir el correspondiente auto de detención, con razón o sin ella, con fundamentos jurídicos o sin ellos, pero en todo caso por un funcionario competente. Esta providencia era susceptible de los recursos de reposición, y de apelación ante el Tribunal Superior respectivo, si el interesado no estaba conforme con élla. Los perjuicios se hacen derivar, pues, de la investigación penal y de la detención por varios meses sufrida por el señor Lombo. La acción intentada por el señor Lombo Ortega para que la Nación le indemnice los perjuicios que dice haber sufrido, tiene como fundamento la detención preventiva sufrida por él en virtud de auto de detención proferido por funcionario competente por el supuesto delito de peculado, sindicación que quedó en el vacío al dictar el juez competente la providencia en que dió aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal. O en otras palabras, *a error judicial.* Ahora bien, según el dictámen pericial de los perjuicios sufridos por el señor Lombo fueron avaluados en $ 232.536.20, consistentes en el valor de los sueldos y primas dejados de devengar, intereses sobre esas sumas, cesantía, alimentación pagada en la prisión, gastos de transporte para las presentaciones ante el juzgado, y los perjuicios morales en cuantía de $ 2.000.00 sumas dejadas de percibir por el señor Lombo "si no hubiera sido destituído y procesado por el delito de peculado que según el juzgado, nunca existió". Los perjuicios sufridos por el señor Lombo se derivaron de la detención preventiva que sufrió en virtud de un auto proferido por un funcionario de instrucción criminal. Y de la sindicación que la Contraloría le hizo como responsable de un supuesto delito de peculado. El aspecto de la destitución del cargo de Contador Pagador no tiene incidencia alguna en este proceso por dos razones la primera es la de que el decreto de destitución no ha sido demandado ni aquí se ejerce la acción de plena jurisdicción por la expedición de ese acto, y la segunda es la de que tal destitución fué legítima pues se trataba de empleado de libre nombramiento y remoción del Contralor General de la República. No se invocó ninguna otra razón. Es cierto que no solo el señor Lombo sino cualquier persona sufre perjuicios patrimoniales, de órden material y moral cuando la justicia ordena su detención preventiva como sindicado de cualquier delito. Eso no se pone en duda. Pero lo que sí resulta ciertamente equivocado es la afirmación de que por la simple sindicación que haga la administración contra un empleado público por supuestos ilícitos penales, surja una responsabilidad pecuniaria contra ella. Porque si la Administración en virtud del ejercicio de sus funciones a través de los mecanismos que la ley ha puesto en sus manos considera que se ha infringido la ley penal, su obligación es la de poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos que en su concepto deban ser investigados por los jueces penales. Esa obligación es perentoria y está consagrada en los artículos 10 y 11 del Código de Procedimiento Penal vigente cuando ocurrieron estos

hechos. Esta misma obligación está señalada a los particulares por el artículo 12 del mismo estatuto. Entonces, si es una obligación legal poner en conocimiento de la justicia penal los hechos que la Administración o los particulares consideren violatorios de la ley penal o, inclusive, adelantar la investigación o iniciar las primeras diligencias de carácter jurisdiccional si el funcionario público tuviere facultades legales para hacerlo, como es el caso de autos, o que los simples particulares así lo estimen, no se vé por qué la Administración o los particulares en su caso, resultan responsables civilmente si la justicia después de hacer la investigación encuentra que el supuesto ilícito penal no lo ha cometido el sindicado. Nadie volvería a presentar denuncias de carácter penal si esta tesis prosperara. Es más, ese funcionario o ese particular, si procediera en esa forma, incurría en el delito de encubrimiento de que trata el Capítulo Cuarto del Título IV del Libro Segundo del C. P. Y para el supuesto de denuncias temerarias, el Código prevee, en el Capítulo Primero del mismo Título denominado "Delitos contra la administración de justicia" bajo la denominación de "Falsas imputaciones hechas ante las autoridades", lo que le pasa al que formula denuncias por ilícitos penales "a sabiendas de que no se han cometido". Ahora bien, si es evidente que el señor Lombo sufrió perjuicios ellos no se pueden desvincular del acto jurisdiccional pronunciado por un funcionario de instrucción criminal, en virtud del cual permaneció varios meses en la Cárcel, y entonces no se vé como pueda resultar esa relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño, prescindiendo de la detención preventiva sufrida por el actor. Esa relación de causalidad es imposible encontrarla sin la existencia del acto jurisdiccional, y entonces resulta consagrada jurisprudencialmente la responsabilidad de la Administración por el error judicial, y lo que es aún más grave, por haber denunciado ante los jueces penales a un empleado de manejo por la comisión de un supuesto delito de peculado, siendo esa actuación una obligación legal. Solamente ahora, pero no por la jurisprudencia sino por la legislación, se consagró la responsabilidad por el error judicial, pero no a cargo de la Administración sino del propio funcionario autor del acto jurisdiccional. Así lo dice el artículo 40 del nuevo Código de Procedimiento Civil. (Salvamento de Voto del Consejero Dr. Alfonso Castilla Sáiz a la Sentencia de Marzo 3 de 1972 de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, en que fué Ponente el Consejero Dr. Carlos Portocarrero Mutis. Actor: Alfonso Lombo Ortega. Acción de responsabilidad extracontractual contra la Nación). (Ver el No. 93 del Indice). 521

93 RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION POR FALLA DEL SERVICIO.

Debida a mala aplicación o interpretación de la ley hecha por funcionarios de la Contraloría General de la República al practicar mal las visitas fiscales a los

funcionarios de manejo, causándoles perjuicios como consecuencia de su detención preventiva, investigación penal por supuesto delito, destitución en el cargo. El señor ALFONSO LOMBO ORTEGA, invocando el art. 68 del C.C.A. instauró juicio ordinario contra la Nación para que se declare responsable y se le condene al pago de los perjuicios causados al demandante "con motivo de la cadena de actos que comprende la operación administrativa llevada a cabo por funcionarios adscritos a la Contraloría General de la República dentro del tiempo comprendido entre el 9 de febrero de 1962 y el 13 de septiembre de 1966" según la relación de hechos que se pueden sintetizar así: El Ministerio de Justicia nombró al señor Alfonso Lombo Ortega, Pagador, Grado 8, de la Isla Prisión de Gorgona, por medio de la Resolución No. 2398 del 28 de junio de 1961, cargo del cual tomó posesión el 16 de julio del citado año. El 23 de agosto de 1961 le fué entregada la Oficina por el señor Ernesto Barón Ceballos. El 9 de febrero de 1962, un Visitador de la Contraloría General de la República inició la práctica de una visita fiscal a las Oficinas de la referida Pagaduría de la Isla Prisión de Gorgona. Como resultado de tal visita se encontró un faltante de $ 7.642.70 m/cte., motivo por el cual se ordenó la detención preventiva del señor Lombo Ortega, se abrió la correspondiente investigación penal por un supuesto delito de peculado y su destitución del cargo que venía desempeñando como pagador de la Isla Prisión de Gorgona mediante Decreto No. 432 del 21 de febrero originario del Ministerio de Justicia. El señor Lombo Ortega permaneció detenido en la misma Isla desde el 18 de abril de 1962 hasta el 17 de diciembre del mismo año, cuando fué trasladado a la Cárcel de Popayán, establecimiento en el cual permaneció preso hasta el mes de marzo de 1963. Del proceso penal correspondiente Conoció el Juez 3o. Superior de Popayán, quien en providencia del 15 de marzo de 1963 sobreseyó temporalmente a favor del señor Lombo Ortega, por haber sido demostrado plenamente que el pagador que ocupaba el cargo con anterioridad a Lombo, señor Ernesto Barón Ceballos era el responsable de los dineros faltantes". El Juzgado Promiscuo Unico de Popayán en providencia de 7 de diciembre de 1965 ordenó la cesación de todo procedimiento en contra de Lombo Ortega, aduciendo la razón de que el hecho imputado al sindicado "no ha exisitido". Esta sentencia fué confirmada por el Tribunal Superior de Popayán el 22 de febrero de 1966. Después de largos trámites administrativos, la Contraloría General de la República en el citado año de 1966 expidió un finiquito a favor del señor Lombo Ortega. Por tanto, durante "más de cuatro años consecutivos, el señor Lombo Ortega estuvo pendiente de la justicia, su patrimonio moral fué envilecido, sus recursos económicos agotados, aislado socialmente, sin tener manera de conseguir trabajo para atención de su subsistencia y la de sus familiares . . . ". En el lapso comprendido entre el Acta de Visita y el Finiquito, la Administración produjo una serie de actos y operaciones, en cascada, en los cuales se deducía un alcance en contra del señor Lombo Ortega. Debe anotarse que a la precitada "acta de visita" no puede

propiamente dársele el calificativo de un "acto administrativo", por cuando no encuadra con la de función de éste; o dicho de otra manera, no constituye propiamente la exteriorización de la voluntad de la Administración que produce efectos de derecho (en este caso de carácter individual y concreto). Es cierto que el arqueo y la visita practicados en la Pagaduría de la Isla Prisión de Gorgona son producto de la aplicación de derechos y obligaciones previamente regulados por un acto administrativo (de carácter general), pero aquéllos –arqueo y visita– no pueden calificarse de actos administrativos "per sé" puesto que allí sólo se dejaba constancia de una serie de hechos objetivos o externos. Estos arqueos y visita que, la misma Contraloría al cabo del tiempo reconoció que estaban mal hechos (en otras palabras reconoció la falla o falta en el servicio) engendraron una serie de actos, el primero de los cuales fué el Fenecimiento con alcance en contra del actor, acto contra el que se interpusieron los recursos legales del caso, resueltos desfavorablemente hasta terminar por último con el reconocimiento expreso de la inocencia de Lombo Ortega y el consiguiente Finiquito definitivo a su favor. Ahora bien; si la causa de todo este proceso tuvo su orígen en el arqueo y visita a la Pagaduría de la Isla Prisión de Gorgona, aplicando el aforismo de que "la causa de la causa es causa de lo causado", necesariamente debe concluírse que la causa de los perjuicios sufridos por el actor no puede hacerse consistir en un acto jurisdiccional, sino en una falla del servicio por mala aplicación o interpretación de la ley hecha por funcionarios oficiales. La SALA considera importante poner de relieve, que el daño sufrido por el actor fué causado por una "falla del servicio", consistente en una visita mal practicada a las Oficinas del Pagador de la Isla de Gorgona. Los agentes de la Administración no actuaron como debieron haberlo hecho y dedujeron un alcance en contra del señor Lombo Ortega y con ello pusieron en funcionamiento la Rama u Organo jurisdiccional, el cual necesariamente tenía que adelantar el respectivo proceso penal. Esta Rama u Organo sólo puede considerarse como el medio para producir un daño. Los perjuicios sufridos por el actor aparecen igualmente demostrados en el expediente y se desprenden no sólo de las declaraciones que allí obran sino de las certificaciones del Director de la Cárcel de Popayán en donde estuvo preso el señor Lombo por algún tiempo. La relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño sufrido surge en forma natural de lo que hasta aquí se ha expuesto. (Sentencia de marzo 3 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis, con salvamento de voto del Consejero Dr. Alfonso Castilla Sáiz. Actor: Alfono Lombo Ortega. Acción de responsabilidad extracontractual contra la Nación). (Ver el No. 92 del índice). 529

94. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TRABAJOS PUBLICOS.

"Las indemnizaciones que se reclamen del Estado por causa de trabajos públicos nacionales, se deciden en una sola instancia por el Consejo de

Estado, cualquiera que sea el valor de lo reclamado." La competencia para conocer de esta clase de negocios, cualquiera que sea su cuantía, cuando el demandado sea el Estado o un establecimiento público del orden nacional, obviamente la tiene el Consejo de Estado de acuerdo con el mandato del artículo 261 del C. C. A. Esta es una norma de carácter especial que no fué modificada por el Decreto 528 de 1964, y como especial que prima sobre cualquiera otra. (Auto de febrero 25 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Castilla Sáiz. Actor: Luis Eduardo e Ignacio Builes Correa. Acción de Responsabilidad por trabajos públicos.)..... 519

95. RETRIBUCION DE LOS EMPLEOS.

El sistema de remuneración de los empleos. Efectos de la reclasificación sobre el sistema de remuneración de los empleos. La segunda parte del Decreto 2285 se ocupa de esta cuestión. La clasificación de los empleos es precisamente su fundamento. Pues la remuneración básica de los empleos depende "del sueldo de ingreso de la categoría a la cual se asigne la respectiva clase", al tenor del artículo 7o. del Decreto 2285, que reitera lo dicho en el primer inciso del artículo 4o. Tal sistema se refleja en la Escala de Remuneraciones adoptada en el Artículo 5o. del estatuto tantas veces citado, acorde con la descripción hecha en el inciso segundo del Artículo 4o. El sistema de retribución de los empleos de que se viene hablando está integrado por una remuneración básica que corresponde a la categoría asignada a la clase de empleo de que se trata en la tabla de remuneraciones, que es el llamado "sueldo de ingreso", que se percibe durante los dos primeros años de servicio, complementado a partir del tercer año de servicio con la denominada "prima de antigüedad", que en la tabla vigente es equivalente a la diferencia de sueldo de ingreso existente entre una categoría y la inmediatamente siguiente. A pesar de que tal remuneración tiene esa modalidad el resultado es homogéneo, en el sentido de que sueldo básico y prima de antigüedad constituyen una unidad –la remuneración total del empleo–, y por tanto no se pueden considerar separadamente ni tienen naturaleza jurídica distinta. Esto es, que una vez obtenido un sueldo, uno de cuyos factores es una prima de antigüedad, ésta se consolida en el sueldo total alcanzado. En realidad el sistema de retribución de los empleos administrativos no es una caprichosa catalogación de categorías y grados de remuneración. Es una política de salarios en el sector público. Permite para todo empleado el reajuste automático bienal en proporción constante y uniformemente de su sueldo básico, tanto para quienes son ascendidos como para quienes simplemente persisten en el servicio, movilidad de salarios que impide su inconveniente congelación ante la variación del costo de vida, con cuyas oscilaciones debe

tener relación el aumento salarial. No sobra tampoco expresar que el criterio de "antigüedad" empleado en el Decreto 2285 es relativo, pues no se refiere a la permanencia en el servicio, sino que se contrae a la duración en un determinado empleo, de modo que para el reconocimiento de una prima por este concepto solo son acumulables períodos de servicios prestados en el mismo cargo. Si hay cambio de empleo, cualquiera que sea la causa de tal cambio, necesariamente se prescinde del tiempo servido, para reiniciar un nuevo cómputo de la antigüedad en el servicio. Con base en las disposiciones transcritas y en las consideraciones de la Sala, es posible concluír que los aumentos de asignaciones resultantes de la reclasificación de empleos implican que se prescinda del tiempo servido en el cargo anterior para efectos del cálculo de la nueva prima de antigüedad, pero no acarrea la modificación desfavorable de la remuneración alcanzada, dentro de la cual están las primas de antigüedad, obtenidas antes de la promoción. La primera de tales consecuencias, en virtud de lo dispuesto en el inciso final del Artículo 4o. del Decreto 2285 de 1968, y la segunda al tenor de lo previsto en el Artículo 4o. del Decreto 3191 del mismo año. (Ver el No. 88 del índice) 73

S

96 SAN ANDRES Y PROVIDENCIA.

No pueden considerarse como baldíos. Significado del concepto "Población Organizada" Es cierto que el artículo 45 del actual Código Fiscal (lo mismo que el 878 del derogado código de 1873) reputa como baldíos "las Islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado," pero consagra además dos situaciones distintas de excepción. 1a. Que no estén ocupadas por *poblaciones organizadas* (el subrayado es de la Sala) y 2o. Que no estén apropiadas por particulares en virtud de título traslaticio de dominio. Se concluye que la Resolución del INCORA que las declara baldíos solo tuvo en cuenta la segunda de las situaciones de excepción, con prescindencia absoluta de la primera. El término "población organizada" está indicando la existencia de un conglomerado humano sometido a un sistema político, administrativo y judicial de acuerdo con la Constitución y las Leyes, sistema que le permite realizar los fines a que toda sociedad sujeta a un régimen de derecho debe tender. Vale la pena recordar que el mismo INCORA acepta la existencia de un conglomerado humano en las Islas de San Andrés y Providencia por el año de 1809, autorizado por la Corona Española "a condición de que los isleños construyeran una iglesia católica". Este hecho indica claramente una "organización" en aquel conglomerado. Si desde el año de 1821 tanto el Congreso como los Presidentes de la República dictaron normas relacionadas con la organización política, administrativa, judicial y electoral de las Islas de San Andrés y Providencia, ha de concluírse necesariamente que allí existía,

por lo menos desde aquella época, una población organizada que disponía de los instrumentos y funcionarios necesarios para realizar los fines a que toda sociedad sujeta a un régimen de derecho debe tender. Si esto es así, como lo es, el INCORA al dictar la Resolución 206 con su artículo 1o. violó ostensiblemente al artículo 45 de la Ley 110 de 1912 concebido, se repite, en los mismos términos que el artículo 878 del antiguo código fiscal de 1873. Por otro lado el Decreto Extraordinario 2420 de 1968, expedido en virtud de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente por la Ley 65 de 1967 y que creó el "INSTITUTO DE DESARROLLO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES (INDERENA)" le dió a éste, una serie de funciones que solo él podía desarrollar, y en el articulado de la Resolución acusada se toman medidas atribuídas exclusivamente al mencionado Instituto. En cuanto al concepto de "poblaciones organizadas" hay quienes sostienen que "son las que han sido objeto de disposiciones especiales y que no se distinguen de lo que ahora se denomina colonizaciones dirigidas". Esto es verdad, pero tal afirmación no puede hacerse en una forma general y absoluta. En ocasiones el legislador con el objeto de aumentar la población y colonizar determinadas zonas del territorio nacional ha dictado disposiciones tendientes a fomentar y estimular la iniciativa particular y así se crearon algunos núcleos o poblaciones.. Pero en otros casos (y estos constituyen la mayoría) las poblaciones y ciudades de Colombia se formaron por iniciativa particular y para satisfacer las necesidades de grupos humanos que por razones económicas o de cualquier otra índole se instalaban en determinadas regiones del país. Frente a esta realidad sociológica y de hecho el Estado se vió en la necesidad de dar una organización política, administrativa, judicial y electoral a aquellos conglomerados humanos. Este es un nuevo tipo de población organizada. Si se pretendiera hacer una enumeración de estos últimos casos, la lista se haría interminable; la mayoría de las poblaciones de Caldas, Risaralda, Quindío, Tolima, Boyacá etc. se formaron así. Si pudiera hacerse una lista comparativa de las poblaciones organizadas o colonizaciones dirigidas con el segundo tipo de poblaciones organizadas, es indudable que el número de las primeras sería infinitamente menor al de las segundas. (Sentencia de Enero 21 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis, con salvamento de voto del Consejero Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Jairo Gutiérrez y otros. Acción de nulidad contra la Resolución No. 206 de diciembre 16 de 1968 del INCORA y la resolución 058 de febrero 24 de 1959 del Gobierno Nacional). (Ver el No. 97 del índice). 276

97. SAN ANDRES Y PROVIDENCIA CONCEPTO DE POBLACION ORGANIZADA.

No todas las islas marítimas se reputan baldíos, sino sólo las que no estén ocupadas por poblaciones organizadas o que no hayan sido apropiadas por

particulares en virtud de un legítimo título traslaticio. En qué sentido ha sido la de San Andrés "Población Organizada". Los artículos 878 del Código Fiscal de 1873 y 45 del Código Fiscal de 1912 dicen: Se reputan baldíos y, por consiguiente, de propiedad nacional, las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado. Y las excepciones son éstas: 1o. No son baldíos las islas que estén ocupadas por Poblaciones Organizadas. 2o. Tampoco lo son las que sean propiedad de particulares, en virtud de título traslaticio de dominio. De esta manera lo que interesa determinar es en qué caso se trata de una excepción, pues donde se halle configurada alguna, no cabe duda de que las tierras no son baldíos, así se trate de una isla marítima. No todas las islas se reputan baldíos, sino sólo las que no estén ocupadas por Poblaciones Organizadas, o que no hayan sido apropiadas por particulares en virtud de un legítimo título traslaticio. Son dos hechos distintos a los que corresponde prueba distinta, y que según los términos de la Ley plantean la alternativa siguiente: u ocupación colectiva o apropiación particular. Son dos extremos que contrapone el texto legal, y de los cuales corresponde el primero a un ente formado por una pluralidad de personas, y el segundo a una persona singular, y en cada uno de los cuales la presunción no opera, dándose, claro está, la circunstancia de la "organización" respecto de aquél, y con relación a éste, el título originario. Resulta así que si de lo dispuesto en los artículos 878 de la Ley 106 de 1873 y 45 de la Ley 110 de 1912, se pretende erigir una regla, es imposible hacer ésto sin tener en cuenta las excepciones que allí mismo se establecen, excepciones que necesariamente hay que trasladar a lo prescrito en el artículo 107 de la última Ley citada. Se dice en ésta que "Constituyen la reserva territorial del Estado, y no son enajenables: a) . . . . . b). Las islas nacionales de uno y otro mar de la República, y las de los ríos y lagos, de que trata el aparte c) del artículo 45". Pero, como la reserva no puede comprender sino tierras baldías, se sigue ineludiblemente que aquellas que no lo son no pueden ser reservadas. Lo que no aparece exacto, y por lo mismo exento de duda, es que por "Población Organizada" deba entenderse aquella que es objeto de las medidas y previsiones estatales, pues es obvio que la función del Estado no es otra que la de regir y organizar la población. La noción de Sociedad Política es incompatible con los conceptos de población sin leyes y de sociedad sin organización; y de este modo Poblaciones Organizadas lo son todas, pues nadie, al menos teóricamente, puede vivir al margen de la Ley. Aún los pueblos indígenas han sido entre nosotros objeto de abundante legislación en todos los tiempos, a partir de los inmediatos a la conquista española. Desde la Ley 70 de 1866 se conocía ya el precepto llevado luego al artículo 878 de la Ley 106 o Código Fiscal de 1873. Aquí, en este ordenamiento, es más claro aún el contraste entre ocupación colectiva y ocupación particular; y como los pobladores particulares no eran sujetos "extra legem", sino también súbditos del mismo Estado, esto relieva el concepto de que la expresión "Poblaciones Organizadas" no podían significar solamente gentes sometidas a leyes, sino

que se refería a una categoría especial de población que, además de estar sujeta a la legislación general, recibía el especial tratamiento de unas regulaciones particulares dirigidas a una finalidad especial. Indudablemente que las "Poblaciones Organizadas" de que hablan la Ley 70 de 1866 y los Códigos Fiscales de 1873 y 1912 eran los que ahora se denominan "Colonizaciones Dirigidas". De lo dicho anteriormente parece resultar que las "Poblaciones Organizadas" de que hablan algunas Leyes son las que han sido objeto de disposiciones especiales, como las de las Leyes Especiales a que se refería el artículo 78 de la Constitución de 1863, encaminadas a incrementar la población, conjúntamente con el progreso en sus varios órdenes, que aquellas constituían unidades de población con específicos caracteres; y que no puede entenderse por tales, las que están simplemente sujetas a las disposiciones comunes, porque esto no ofrece motivo de justificación de ninguna gracia En cambio, la empresa de colonizar y la intención de no frustrar los halagos ofrecidos a los nuevos pobladores, explica que el Estado entendiera en el caso de las islas marítimas como salidos del patrimonio nacional los terrenos ocupados por Poblaciones Organizadas, o lo que es lo mismo, fomentadas de un modo tales, las que están simplemente sujetas a las disposiciones comunes, porque esto no ofrece motivo de justificación de ninguna gracia. En cambio, la empresa de colonizar y la intención de no frustar los halágos ofrecidos a los nuevos pobladores, explica que el Estado entendiera en el caso de las islas marítimas como salidos del patrimonio nacional los terrenos ocupados por Poblaciones Organizadas, o lo que es lo mismo, fomentadas de un modo particular por él mismo. El empeño de crear estímulos para aumentar la población, fomentar la riqueza y reducir los "desiertos" de que hablan las Leyes, hace explicables disposiciones como la contenida en el artículo 3o. de la Ley de 24 de Junio de 1874, en la que, sin parar mientes en la explotación económica, se reconocía la adquisición del derecho de propiedad sobre terrenos baldíos por el mero hecho de "demarcarlos y encerrarlos con cercas firmes y permanentes, capaces de impedir el paso de bestias y ganado". El mismo empeño explica que a ciertos hechos se les diera el valor de título originario para justificar el derecho. Si el concepto de "Poblaciones Organizadas" no es el que se ha expresado, sino el de gentes sujetas a la legislación general, no podría ser sino por la existencia de otra categoría de población que sería la desorganizada o anárquica. Y así en el caso de las islas marítimas, y con referencias a los artículos 878 del Código Fiscal de 1873 y 45 del Código Fiscal de 1912, las tierras de estas islas serían baldíos cuando no estuvieran ocupadas por súbditos del Estado (entre los términos "súbditos" y "sujeción a leyes o autoridades" hay sinonimia") y no lo serían cuando vivieran allí gentes hasta las cuales se hubiera dignado llegar la "declaración de la voluntad soberana" con su carácter general de mandar, prohibir, permitir o castigar. Se trataría de dos conceptos opuestos, surgidos en la mente del Legislador, e institucionalizados los dos. Pero se hace difícil creer que esto haya ocurrido así, porque es imposible legalizar la anarquía.

Por otra parte la noción de tierra baldía es independiente a que esté poblada o despoblada. Esa noción hace referencia a la propiedad estatal, que excluye la propiedad particular. En cualquier población o ciudad pueden existir tierras baldías; son los baldíos urbanos que han sido objeto de Leyes como la 98 de 1928, la 69 de 1938 y la 137 de 1959. Por lo mismo, con fundamento en el mero hecho, como se acepta en la providencia de que en San Andrés y Providencia haya habido habitantes desde muchos años atrás, no puede infirmarse, a la luz de los preceptos de los Códigos Fiscales de 1873 y 1912, varias veces mencionados, la calidad de baldíos de las tierras de aquellas islas. Si éllas no son baldíos sería por otras razones. Es cierto que por el artículo 7o. de la Ley de 22 de Junio de 1850 se autorizó al Poder Ejecutivo para que, además de las concesiones de tierras que podía hacer en virtud de las disposiciones generales, adjudicara en propiedad hasta sesenta fanegadas de tierras baldías a cada una de las familias que se hallaren establecidas entonces, o que se establecieran en lo futuro en San Andrés, el Darién, San Martín, erigidos en Cantones. Y que por la Ley de 4 de junio de 1868 (No. 3.079 de la Codificación) bajo el imperio de la Constitución de 1863 y de la Ley 70 de 4 de julio de 1866, cuyo artículos 78 y 40 respectivamente, se han transcrito, aceptó la Nación la cesión que le hizo el Estado de Bolívar de los territorios de San Andrés y San Luis de Providencia, con el objeto de "fomentar colonizaciones y realizar mejoras materiales", de que habla la disposición primeramente mencionada, se autorizó al Poder Ejecutivo para hacer la concesión de tierras baldías, y se estableció una reglamentación, completada por el Decreto de 6 de julio del mismo año, referente a la administración de esos territorios. (Salvamento de voto del Consejero Dr. Gabriel Rojas Arbeláez a la sentencia de Enero 21 de 1972, en que fué ponente el Consejero Dr. Carlos Portocarrero Mutis. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Actor: Jairo Gutiérrez y Otros. Acción de nulidad contra la Resolución 206 de Diciembre 16 de 1968 del Incora y contra la Resolución 058 de Febrero 24 de 1969 del Gobierno Nacional). (Ver el No. 96 del índice). 276

98. SEGUROS.

Intervención del Estado en los Seguros. Regulación de las Compañías de Seguros. Fines de esta intervención y regulación. Una de estas actividades típicas y características en que se ha manifestado la intervención del Estado, es precisamente la de los seguros. Y lo hace regulando las compañías de seguros en todos sus aspectos: en su constitución, su administración y su liquidación y colocándolas bajo la constante supervigilancia del mismo Estado. Al actuar así, ciertamente, el Estado busca proteger a los asegurados pero también a la empresa misma, a la institución de los seguros y al Estado mismo y, superando aún los intereses puramente económicos, preservando factores generales de confianza. Además, interviene el Estado para darle a la

inversión del capital y reservas de esas compañías, que son casi siempre sumas cuantiosas, que en muy buena parte provienen y pertenecen a los asegurados, que constituyen parte del ahorro nacional, y por eso mismo, una canalización que redunde en beneficio de la economía del país y por lo tanto de la colectividad. Ahora, sin ocuparse de otras regulaciones a que están sometidas las compañías de seguros, buena parte de esos fines se logran por medio del Decreto 1691 de 1960. En primer término se puede señalar, como lo enuncia ese Decreto, que con él se buscan establecer como criterios correlativos, garantías de seguridad, disponibilidad y liquidez para los activos de las Compañías de seguros, y que al utilizar la palabra reservas se hace en un sentido muy amplio, ya que el mismo Decreto emplea las expresiones "activos" y "capital y reservas o fondos", lo que hace que sus prescripciones comprendan todos estos conceptos y abarque, como lo van indicando los ordinales del art. 2o. de este Decreto, los gastos de organización y los muebles y equipos, los préstamos y las obligaciones a interés, las cédulas y los bienes raíces, las cantidades en caja y cuenta corriente. Es por este mismo artículo por el que se señalan las que se distinguen como inversiones admisibles de las compañías de seguros, artículo que determina la forma de inversión de las reservas y prescribe los límites y requisitos a que están sometidas. Así, exactamente, para presentar algunos ejemplos de inversiones que hacen relación a la materia que se estudia, se pueden citar el art. 2o. del Decreto 1691. Esta regulación tan estricta explica aún más, si quisiera insistirse en este punto, el que el Estado proceda por medio de Empresas y Sociedades y se somete en su actuación, como se ha dicho, al derecho privado y en un régimen de relativa igualdad con los particulares. Al hacerlo así, y en los casos del seguro es evidente, no entra el Estado en un sistema de absoluta y libre compentencia sino que entra a actuar en campos que ese mismo Estado ha reglamentado, reglamentación que da seguridad a todas las empresas así sean ellas exclusivamente de los particulares o sean oficiales o se hayan constituído únicamente con aportes de ese mismo Estado. (Ver Nos. 53 y 99 del índice)..... 170

99. SEGUROS. LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS.

Naturaleza y régimen jurídicos de esta Compañía. Objeto social de la Compañía. Actividades que se le permiten a la Compañía para el desarrollo de su objeto. Inversiones de capital y reservas de las Compañías de Seguros y de esta Compañía. La Previsora, según lo dispone el Decreto 2462 de 1970 que aprueba sus estatutos y se reafirma en los considerandos del Decreto 1809 de 1971 que los modifica, es una Sociedad de Economía Mixta sometida al régimen de las Empresas Comerciales e Industriales del Estado en virtud del Art. 3o. del Decreto 3130 de 1968 ya que el Estado posee mas del

90% de su capital. A ella se aplica, por lo tanto, el art. 30 del decreto 1050. Debe entonces irse a estos dos decretos ya mencionados, el 2462 y el 1809, para conocer el régimen general que la rige. Se puede considerar que este artículo hace relación a dos cuestiones distintas: una de ellas, propiamente, es el objeto social de la compañía, que el mismo artículo especifica así: a) seguros y reaseguros de los bienes de las entidades oficiales o donde éstas tengan interés económico; b) reaseguros sin limitación en cuanto a su origen, índole y cuantía; y c) seguros de manejo y cumplimiento con personas que prestan sus servicios en entidades donde tenga interés económico cualquier organismo público o lo disponga la Ley. La segunda cuestión que regula este artículo se refiere a las actividades que, para el desarrollo de este objeto, se le permiten a la Compañía. Así, en el literal b) de este artículo 5o. textualmente se dispone que la compañía pueda "Invertir su capital y reservas de acuerdo con las normas legales que regulan el funcionamiento de las compañías de seguros". Pero como éste mismo artículo en sus otros literales autoriza en general a la Previsora para otras actividades, se debe concluír que ellas, en cuanto sean o impliquen inversión de capital y reservas, quedan sometidas al Decreto 1691 de 1960 a que ya se hizo mención en esta Consulta, por disponerlo así, de una parte, los mismos estatutos de La Previsora que prescriben que sus inversiones se rigen "de acuerdo con las normas legales que regulan el funcionamiento de las Compañías de Seguros", y ser precisamente este Decreto 1691 esa norma, y, de otra parte y primordialmente, por ser las disposiciones de este mismo Decreto de carácter específico y obedecer a principios de seguridad que hacen imperativos esa intervención, del Estado. Por lo tanto es este Decreto 1691 el que establece no solo el distinto género de inversiones del capital y reservas de las compañías de seguros, de todas, tanto de ésta que es del Estado como de las privadas, sino que también se fijan en el las limitaciones y restricciones a que éstas inversiones están sometidas. Para terminar, es conveniente advertir que aúnque objeto social y capital y reservas y su inversión son nociones que la Ley distingue y así se han utilizado, son ellas cuestiones conexas, íntima y estrechamente relacionadas: al regular la Ley el monto del capital de una compañía de seguros y al fijar como se invierten ese capital y las reservas lo que está haciendo es fijando los mecanismos, por decirlo así, que permiten cumplir con ese objeto social que la misma Ley señala a esa sociedad ya que un capital reducido o unas inversiones aventuradas llevarían a que se incumpliera ese objeto social. Igualmente se debe advertir que no hay, una alternativa o exclusión entre los decretos 1050 y en particular el 3130, de una parte, y el Decreto 1691 de 1960 de otra: son ellas, precisamente, regulaciones complementarias: los dos primeros Decretos definen y fijan el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y según ese régimen el objeto y actividades de estas entidades lo determina en primer término la Ley, en este caso de la Previsora el Decreto 1809 de 1970 que es, como se ha dicho, el que dispone que la inversión de su capital y reservas se

inversión del capital y reservas de esas compañías, que son casi siempre sumas cuantiosas, que en muy buena parte provienen y pertenecen a los asegurados, que constituyen parte del ahorro nacional, y por eso mismo, una canalización que redunde en beneficio de la economía del país y por lo tanto de la colectividad. Ahora, sin ocuparse de otras regulaciones a que están sometidas las compañías de seguros, buena parte de esos fines se logran por medio del Decreto 1691 de 1960. En primer término se puede señalar, como lo enuncia ese Decreto, que con él se buscan establecer como criterios correlativos, garantías de seguridad, disponibilidad y liquidez para los activos de las Compañías de seguros, y que al utilizar la palabra reservas se hace en un sentido muy amplio, ya que el mismo Decreto emplea las expresiones "activos" y "capital y reservas o fondos", lo que hace que sus prescripciones comprendan todos estos conceptos y abarque, como lo van indicando los ordinales del art. 2o. de este Decreto, los gastos de organización y los muebles y equipos, los préstamos y las obligaciones a interés, las cédulas y los bienes raíces, las cantidades en caja y cuenta corriente. Es por este mismo artículo por el que se señalan las que se distinguen como inversiones admisibles de las compañías de seguros, artículo que determina la forma de inversión de las reservas y prescribe los límites y requisitos a que están sometidas. Así, exactamente, para presentar algunos ejemplos de inversiones que hacen relación a la materia que se estudia, se pueden citar el art. 2o. del Decreto 1691. Esta regulación tan estricta explica aún más, si quisiera insistirse en este punto, el que el Estado proceda por medio de Empresas y Sociedades y se somete en su actuación, como se ha dicho, al derecho privado y en un régimen de relativa igualdad con los particulares. Al hacerlo así, y en los casos del seguro es evidente, no entra el Estado en un sistema de absoluta y libre compentencia sino que entra a actuar en campos que ese mismo Estado ha reglamentado, reglamentación que da seguridad a todas las empresas así sean ellas exclusivamente de los particulares o sean oficiales o se hayan constituído únicamente con aportes de ese mismo Estado. (Ver Nos. 53 y 99 del índice)..... 170

99. SEGUROS. LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS.

Naturaleza y régimen jurídicos de esta Compañía. Objeto social de la Compañía. Actividades que se le permiten a la Compañía para el desarrollo de su objeto. Inversiones de capital y reservas de las Compañías de Seguros y de esta Compañía. La Previsora, según lo dispone el Decreto 2462 de 1970 que aprueba sus estatutos y se reafirma en los considerandos del Decreto 1809 de 1971 que los modifica, es una Sociedad de Economía Mixta sometida al régimen de las Empresas Comerciales e Industriales del Estado en virtud del Art. 3o. del Decreto 3130 de 1968 ya que el Estado posee mas del

90% de su capital. A ella se aplica, por lo tanto, el art. 30 del decreto 1050. Debe entonces irse a estos dos decretos ya mencionados, el 2462 y el 1809, para conocer el régimen general que la rige. Se puede considerar que este artículo hace relación a dos cuestiones distintas: una de ellas, propiamente, es el objeto social de la compañía, que el mismo artículo especifica así: a) seguros y reaseguros de los bienes de las entidades oficiales o donde éstas tengan interés económico; b) reaseguros sin limitación en cuanto a su origen, índole y cuantía; y c) seguros de manejo y cumplimiento con personas que prestan sus servicios en entidades donde tenga interés económico cualquier organismo público o lo disponga la Ley. La segunda cuestión que regula este artículo se refiere a las actividades que, para el desarrollo de este objeto, se le permiten a la Compañía. Así, en el literal b) de este artículo 5o. textualmente se dispone que la compañía pueda "Invertir su capital y reservas de acuerdo con las normas legales que regulan el funcionamiento de las compañías de seguros". Pero como éste mismo artículo en sus otros literales autoriza en general a la Previsora para otras actividades, se debe concluír que ellas, en cuanto sean o impliquen inversión de capital y reservas, quedan sometidas al Decreto 1691 de 1960 a que ya se hizo mención en esta Consulta, por disponerlo así, de una parte, los mismos estatutos de La Previsora que prescriben que sus inversiones se rigen "de acuerdo con las normas legales que regulan el funcionamiento de las Compañías de Seguros", y ser precisamente este Decreto 1691 esa norma, y, de otra parte y primordialmente, por ser las disposiciones de este mismo Decreto de carácter específico y obedecer a principios de seguridad que hacen imperativos esa intervención, del Estado. Por lo tanto es este Decreto 1691 el que establece no solo el distinto género de inversiones del capital y reservas de las compañías de seguros, de todas, tanto de ésta que es del Estado como de las privadas, sino que también se fijan en el las limitaciones y restricciones a que éstas inversiones están sometidas. Para terminar, es conveniente advertir que aúnque objeto social y capital y reservas y su inversión son nociones que la Ley distingue y así se han utilizado, son ellas cuestiones conexas, íntima y estrechamente relacionadas: al regular la Ley el monto del capital de una compañía de seguros y al fijar como se invierten ese capital y las reservas lo que está haciendo es fijando los mecanismos, por decirlo así, que permiten cumplir con ese objeto social que la misma Ley señala a esa sociedad ya que un capital reducido o unas inversiones aventuradas llevarían a que se incumpliera ese objeto social. Igualmente se debe advertir que no hay, una alternativa o exclusión entre los decretos 1050 y en particular el 3130, de una parte, y el Decreto 1691 de 1960 de otra: son ellas, precisamente, regulaciones complementarias: los dos primeros Decretos definen y fijan el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y según ese régimen el objeto y actividades de estas entidades lo determina en primer término la Ley, en este caso de la Previsora el Decreto 1809 de 1970 que es, como se ha dicho, el que dispone que la inversión de su capital y reservas se

acomoden a las normas legales que regulan estas cuestiones en las compañías de seguros, por lo tanto a ese Decreto 1691. En virtud de lo expuesto considera la Sala que La Previsora Compañía de Seguros, S.A., puede hacer las inversiones que están autorizadas para una compañía de seguros privada, y entre ellas adquirir inmuebles y contratar construcciones dentro de los mismos términos, limitaciones y restricciones que sujetan a las compañías de seguros privadas, e igualmente sometida a la supervigilancia de la Superintendencia Bancaria). (Ver Nos. 53 y 98 del índice) 170

100 SUPERINTENDENCIAS DE REGULACION ECONOMICA Y DE SOCIEDADES.

La vía gubernativa y el tránsito de legislación de los asuntos de conocimiento de la Superintendencia de Regulación Económica a la de Sociedades. El Art. 3o. del Decreto-Ley 1653 de 1960, que creó la Superintendencia de Regulación Económica le atribuyó, entre otras, "las funciones que le señala al Ministerio de Fomento la ley 155 de 1959 sobre prácticas comerciales restrictivas, con excepción de las consagradas en el artículo 3o. de dicha ley", que debían desenpeñarse, según el Parágrafo de la misma disposición, por el Consejo Directivo. Pero, los Arts. 2o. y 3o. del Decreto-Ley No. 3307 de 1963 dispusieron, respectivamente, que tales atribuciones se desempeñen por el Director Ejecutivo y que contra las resoluciones que dicte procede el recurso de apelación de conformidad con las normas pertinentes del Decreto-Ley 2733 de 1959. El Art. 24 del Decreto-Ley No. 2562 de 1968 adscribió "a la Superintendencia de Sociedades Anónimas las funciones que le señaló al Ministerio de Fomento la ley 155 de 1959, sobre prácticas comerciales restrictivas y que por disposiciones posteriores se asignaron al Director Ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica", con excepción de las "consagradas en el artículo 3o. de dicha Ley". El Decreto-Ley No. 3163 de 1968 reorganizó la mencionada Superintendencia, que se denominó Superintendencia de Sociedades, cuya dirección corresponde según el Art. 5o., "al Superintendente, quien la ejercerá con la inmediata colaboración de los Superintendentes Delegados" y de confomidad con las facultades que le da el Art. 5", entre ellas, según el literal g), "las demas que le señalen las disposiciones legales y las que señalan funciones a la Superintendencia no atribuídas expresamente a otra autoridad", entre las cuales se comprenden las que se le adscribieron por el Art. 24 del Decreto-Ley No. 2562 de 1968. Por consiguiente, desde que entró en vigencia el Decreto-Ley No. 2562 de 1968, las providencias administrativas que resuelven las investigaciones por competencia desleal, como sostiene la Superindencia de Sociedades, sólo son susceptibles del recurso de reposición, no del de apelación, tanto porque, dictadas por el Superintendente no tiene superior jerárquico encargado de revisarlas, como porque el Art. 290 del Decreto No.

2521 de 1950, que corrobora el Art. 7o. del Decreto No. 2831 de 1952, dispone como regla general, excepto los casos a que se refiere el Art. 5o. del mismo decreto, diferentes del de autos, que "contra las providencias dictadas por la Superintendencia de Sociedades Anónimas –actualmente Superintendencia de Sociedades–, sólo procede por la vía gubernativa el recurso de reposición, ejercitado ante el mismo Superintendente", que se puede intentar o nó, a opción del interesado, sin que su omisión obste para que sea procedente promover directamente acción ante la entidad competente de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 15 del Decreto-Ley No. (2733 de 1959). Cierto que el Art. 140 de la ley 153 de 1887 dispone que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir", pero que "los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación"; principio que reiteraba, en lo pertinente, el Art. 1828 de la ley 105 de 1931, en términos semejantes a los del Art. 699 del actual Código de Procedimiento Civil. Pero, por una parte, estas disposiciones se refieren "a la sustanciación y ritualidad de los juicios", no a las actuaciones administrativas; además, la analogía, prevista por el Art. 8o. de la ley 153 de 1887, para "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido", sólo rige para la decisión de fondo, *no para determinar la competencia de los funcionarios* que, según los Arts. 20 y 63 de la Constitución, debe estar definida o detallada "en ley o reglamento". (Ver No. 16 del índice). 409

101 SUSPENSION DE EMPLEADOS OFICIALES POR CAUSA DE UNA INVESTIGACION PENAL.

Es obligación de la Administración. Carácter transitorio de esta medida. Obligaciones de la Administración para con el empleado al terminar la investigación penal. Las autoridades administrativas están en la obligación de suspender a un empleado que se halle en el ejercicio de sus funciones, cuando así se le solicite para efectos de cualquier investigación penal. Pero esta medida no puede ser indefinida. Termina ella tan pronto culmina la investigación respectiva, pudiéndose presentar, entonces, dos casos, a saber: si el funcionario suspendido es condenado, la suspensión, hasta ese momento vigente, desaparece y debe, de inmediato, ser destituído del cargo que ocupaba. Pero, si, en cambio, al empleado suspendido no se le comprueban los cargos y se ordena cesar todo procedimiento por hallarse prescrita la acción, entonces la Administración Pública está obligada a restablecerlo en el cargo y a pagarle los sueldos y demás emolumentos dejados de devengar durante el tiempo en que estuvo separado del servicio. Es esta la consecuencia lógica que resulta del hecho de no comprobársele al funcionario los cargos

que sirvieron de fundamento para decretar su suspensión transitoria, pues proceder en otra forma sería inequitativo e injusto. La suspensión transitoria, como su sentido lo indica, no lo separa definitivamente del servicio, y en consecuencia, si el resultado final de la investigación que dió orígen a aquélla le fue favorable, quiere decir, que su situación laboral, frente al Estado, de retrotraerse a la fecha en que fue separado del servicio. (Sentencia de Marzo 10 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Luis Antonio Acosta Gómez. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 3926 de agosto 31 de 1970 proferida por el Ministerio de Educación Nacional). 242

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

1. (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social) Consulta sobre la prohibición de recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público y la compatibilidad entre la pensión de jubilación, la asignación de retiro, las pensiones militares y los sueldos. (Concepto de febrero 25 de 1972. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Alberto Hernández Mora. Su publicación fué autorizada mediante Oficio No. 4412 de marzo 1o. de 1972, por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social). 9

2. (Ministerio de Gobierno) Consulta sobre las Juntas de Acción Comunal. (Concepto de Marzo 7 de 1972. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Mario Latorre Rueda. Su publicación fué autorizada mediante oficio No. 1267 de junio 12 de 1972, por el Ministro de Gobierno). 15

3. (Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Petróleos) Consulta sobre contratos de concesión de petróleos. (Concepto de marzo 11 de 1972. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr.: Alberto Hernández Mora. Con salvamento de voto de los Consejeros Dres: Alejandro Domínguez Molina y Luis Carlos Sáchica. Su publicación fué autorizada mediante oficio No. 843 de abril 13 de 1972, por el Ministro de Hacienda y Crédito Público). 125

4. (Ministerio de Gobierno). Consulta sobre reclasificación y retribución de los empleos. (Concepto de marzo 13 de 1972. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica. Su publicación fué autorizada mediante oficio No. 0885 de Abril 12 de 1972, del Ministro de Gobierno). .. 73

5. (Ministerios de Gobierno y de Justicia) Consulta sobre la paridad y la composición política del Congreso, el Ejecutivo, la Administración y la

Justicia según la Constitución. (Concepto de marzo 13 de 1972. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica. Salvamento de voto de los Consejeros Dres: Alberto Hernández Mora y Mario Latorre Rueda. Su publicación fué autorizada mediante oficio de julio 13 de 1972, del Ministro de Justicia). 79

6. (Ministerio de Salud Pública) Consulta sobre las loterías y las instituciones de utilidad común. (Concepto de abril 21 de 1972. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica. Publicación autorizada mediante oficio No. 7070 de mayo 5 de 1972, del Ministro de Salud Pública). 165

7. (Ministerio de Salud Pública) Consulta sobre naturaleza y régimen jurídico de la "Previsora S. A. Compañía de Seguros". (Concepto de junio 16 de 1972. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Mario Latorre Rueda. Publicación autorizada mediante oficio No. 10174 de julio 3 de 1972, del Ministro de Salud Pública). 170

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

Capítulo Primero: DECRETOS DEL GOBIERNO

1. (Decretos Reglamentarios) Acción de nulidad contra el artículo 9o. del Decreto Reglamentario 008 de enero 11 de 1971. (Sentencia de febrero 10 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor Departamento de Cundinamarca. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía). Mejía.). 183

2. (Decretos Reglamentarios) Acción de nulidad contra el artículo 6o. del Decreto Reglamentario 296 de 1954. (Sentencia de febrero 21 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Germán Cavelier. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández). 192

3. (Decretos Reglamentarios) Acción de nulidad contra el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 1986 de 1972. (Sentencia de abril 13 de 1972. Sala de

lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga) 196

4. (Decretos Reglamentarios) Acción de nulidad contra el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1963 de 1971. (Sentencia de abril 28 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor James W. F. Raisbeck. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz). 200

5. (Decretos Reglamentarios) Acción de nulidad contra el artículo 28, inciso 2o. del Decreto Reglamentario 719 de 1968. (Sentencia de junio 5 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Carlos Vélez Gallego. Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo). 203

6. (Decretos Reglamentarios) Acción de nulidad contra el artículo 22 del Decreto Reglamentario 154 de 1968. (Sentencia de junio 8 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía). 210

7. (Decretos Reglamentarios) Acción de nulidad contra el artículo 30 del Decreto Reglamentario 432 de 1969. (Sentencia de junio 8 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Hernán Gans Abello y otro. Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo). 217

8. (Decretos Reglamentarios) Acción de nulidad contra los dos artículos del Decreto Reglamentario 671 de abril 29 de 1972. (Auto de junio 19 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Julio Gaitán Gómez. Consejero Sustanciador: Dr. Nemesio Camacho Rodríguez). 225

9. (Decretos del Gobierno) Acción de plena jurisdicción contra el Decreto del Gobierno 121 de 1971. (Sentencia de junio 28 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Rafael Rodríguez Segura. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez). 227

Capitulo Segundo: RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS.

1. (Ministerio de Defensa) Acción de plena jurisdicción contra unas Resoluciones proferidas por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y el Ministerio de Defensa. (Auto de Febrero 1o. de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Luis Eduardo Cadavid O. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez). 235

2. (Ministerio de Minas Y petróleos) Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Ejecutivas Nos: 104 de mayo 25 de 1971 y 179 de junio 23 del mismo año. (Auto de febrero 3 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Actor: Colombian Petroleum Company. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez). 237

3. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público) Acción de plena jurisdicción contra una Resolución proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (Auto de Febrero 29 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Ricardo Silva Córdoba. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez). 239

4. (Ministerio de Educación Nacional) Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 3926 de agosto 31 de 1970, proferida por el Ministerio de Educación Nacional. (Sentencia de Marzo 10 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Luis Antonio Acosta Gómez. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez). 242

5. (Ministerio de Educación Nacional) Acción de plena jurisdicción contra unas Resoluciones expedidas por el Ministerio de Educación. (Auto de marzo 24 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Carlos Alfonso Bolaños Muñóz. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez). 246

6. (Ministerio de Justicia) Acción de plena jurisdicción contra el acto administrativo contenido en las siguientes providencias: oficios Nos: 173 y 198 de marzo 8 y 30 de abril de 1967; la Resolución 1618 de mayo 15 de 1967; la Resolución 406 de 1968, del Ministerio de Justicia. (Sentencia de abril 3 de 1973. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Leopoldo Sánchez Campo. Consejero Ponente: Dr. Rafael Tafur Herrán). 249

7. (Ministerio de Defensa Nacional) Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos: 002718 de mayo 9 de 1969 y 7093 de octubre 20 de 1970, expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional. (Sentencia de mayo 29 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: José Ignacio Talero Lozada. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez). . 257

8. (Ministerio de Comunicaciones) Acción de plena jurisdicción contra el Decreto 2916 de octubre 28 de 1968 y la Resolución 1921 de septiembre 14 de 1971 del Ministerio de Comunicaciones. (Auto de junio 8 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Arturo Escobar Vélez. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez). 265

9. (Ministerio de Fomento) Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos: 311 de 1969 y 4 de 1970 de la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Fomento. (Sentencia de junio 22 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: Lloreda Productos de Hierro y Acero S.A. Consejero Ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro). 268

Capítulo Tercero: ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL.

1. (Superintendencia Bancaria) Acción de plena jurisdicción contra el Certificado expedido por el Superintendente Bancario, Primer Delegado, el 27 de noviembre de 1969. (Auto de Enero 20 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: Carlos Eduardo Márquez A. Consejero Ponente Dr. Hernando Gómez Mejía). 273

2. (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria). Acción de nulidad contra la Resolución No. 206 de diciembre 16 de 1968, dictada por el INCORA y de la Resolución No. 058 de febrero 24 de 1969 del Gobierno Nacional. (Sentencia de enero 21 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Actor: Jairo Gutiérrez y otros. Consejero Ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis, con salvamento de voto del Consejero Dr. Gabriel Rojas Arbeláez). ... 276

3. (Caja Nacional de Previsión Social) Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. J-5860 de 1969 proferida por la Caja Nacional de Previsión. (Sentencia de febrero 11 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Lucio Pabón Núñez. Consejero Ponente: Dr. Nemesio Camacho Rodríguez). 297

4. (Oficina de Registro de Cambios del Banco de la República) Acción de plena jurisdicción contra los oficios OCB-E 1285 de marzo 4 de 1969 del Director de la Oficina de Cambios del Banco de la República y OCB-J 2353 de marzo 2 de 1970 del mismo funcionario. (Sentencia de febrero 16 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: The National Cash Register Company y otro. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández). 301

5. (División de Impuestos Nacionales) Acción de nulidad contra la Resolución No. R-052-E de 1965, expedida por la División de Impuestos Nacionales. (Sentencia de febrero 17 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: James W. F. Raisbeck. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía). 310

6 (Administración Postal Nacional) Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. JD-008 y JD-009 de septiembre 29 de 1970, expedidas por

la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional. (Sentencia de febrero 18 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Oscar Humberto Echeverry. Consejero Ponente: Dr. Rafael Tafur Herrán, con salvamento de voto del Consejero, Dr. Alvaro Orejuela Gómez). 317

7. (Junta Monetaria) Acción de plena jurisdicción contra el oficio de julio 2 de 1970 de la Junta Monetaria. (Sentencia de marzo 10 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: Compañía Colombiana de Electricidad. Consejero Ponente Dr. Juan Hernández Sáenz). 330

8. (Instituto Nacional de Abastecimientos "INA") Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos: 58 de septiembre 28 y 63 de noviembre 18 de 1965, expedidas por el Instituto Nacional de Abastecimientos "INA". (Sentencia de marzo 13 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Actor: Sociedad Constructora Ltda. y otros. Consejero Ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis). 350

9. (Superintendencia de Control de Cambios) Acción de plena jurisdicción contra la Resolución S-013 de mayo 25 de 1970 de la Superintendencia de Control de Cambios. (Sentencia de abril 14 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Abbot Laboratories de Colombia S.A. Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez). 369

10. (Administración Postal Nacional) Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. JD-007 de septiembre 29 de 1970 expedida por la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional. (Sentencia de mayo 5 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Helgidio Ramírez Jaramillo. Consejero Ponente: Dr. Rafael Tafur Herrán, con salvamento de voto del Consejero Dr. Alvaro Orejuela Gómez). 381

11. (Superintendencia de Industria y Comercio) Acción de plena jurisdicción sobre la cancelación del certificado de Registro No. 69752 de la marca de fábrica "Colkim" expedido en octubre 13 de 1969. (Auto de 22 de mayo de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Sociedad "Colombiana Kimberly S.A.". Consejero Sustanciador: Dr. Humberto Mora Osejo). 396

12. (Instituto Geográfico "Agustín Codazzi") Acción de plena jurisdicción contra unas Resoluciones de la Oficina Seccional de Catastro de Bolívar. (Sentencia de mayo 24 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor Shell Condor S.A. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Arango Henao). 404

13. (Superintendencia de Sociedades) Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos: 451 de octubre 2 de 1967 expedida por la

Superintendencia de Regulación Económica, 0474 de febrero, 1519 de abril 7 de 1971, expedidas por la Superintendencia de Sociedades. (Sentencia de junio 26 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: "Fábrica de Tejidos de Punto Sport Juan Pablo Lozano R. e Hijos Ltda" Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo). 409

14. (Hospital Militar Central) Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos 299 de diciembre 9 de 1970 y 147 de mayo 9 de 1971, expedidas por el Hospital Militar Central. (Sentencia de junio 19 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Guillermo Lara Hernandez. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez, con salvamento de voto del Consejero Dr. Rafael Tafur Herrán). 416

15. (Caja Nacional de Previsión) Acción de Plena Jurisdicción contra las Resoluciones Nos: J-05467 de 1967 y I-0419 de 1968, expedidas por la Caja Nacional de previsión. (Sentencia de junio 21 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Ana Castro Vda. de Hernández. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez). 427

16. (Dirección General de Impuestos Nacionales) Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos: R 1495H de junio 21 de 1967 y R 3790H de diciembre 2 de 1969, expedidas por la Dirección General de Impuestos Nacionales. (Sentencia de junio 22 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: Helicópteros Nacionales de Colombia S.A. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero). 431

Capítulo Cuarto CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS

1. (Contrato entre el Fondo Vial Nacional y el Distrito Especial de Bogotá) Acción de nulidad contra la cláusula 5a. del Contrato No. 20 de febrero 9 de 1969 celebrado entre el Fondo Vial Nacional y el Distrito Especial de Bogotá. (Auto de abril 6 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor Alfredo Soto Pinedo. Consejero Sustanciador: Dr. Humberto Mora Osejo). 447

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

Capítulo Primero: ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

(Asamblea Departamental de Antioquia) Acción de nulidad contra la Ordenanza 2 de noviembre 10 de 1970 de la Asamblea Departamental de

Antioquia. (Sentencia de marzo 6 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Diego Calle Restrepo. Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez). 453

2. (Asamblea Departamental de Córdoba) Acción de nulidad contra el artículo 11 de la Ordenanza 19 de 1969, expedida por la Asamblea Departamental de Córdoba. (Sentencia de marzo 14 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Vinicio Bolaño Mercado. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández). 464

3. (Asamblea Departamental de Cundinamarca) Acción de plena jurisdicción contra las Ordenanzas Nos: 1 de marzo 26 de 1971 y 42 de 1971, de la Asamblea Departamental de Cundinamarca. (Auto de mayo 2 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Instituto Santiago Gutiérrez de Cáqueza. Consejero Sustanciador: Dr. Alfonso Arango Henao). . 467

4. (Asamblea Departamental del Cauca) Acción de plena jurisdicción contra los artículos 13 y 14 de la Ordenanza 7 de diciembre 16 de 1970, expedida por la Asamblea Deparramental del Cauca. (Sentencia de mayo 3 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Orencio Machado y otra. Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez). 469

Capítulo Segundo: ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL.

1. (Gobernación de Cundinamarca) Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones 228 de febrero 28 de 1968 y el acto de febrero 10 de 1969, expedidos por el Gerente de Seguridad Social de Cundinamarca y la Resolución No. 20 de mayo 30 de 1969, del Gobernador de Cundinamarca, respectivamente. (Sentencia de abril 25 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Jesús Alberto Galindo Sánchez. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez). 475

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

Capítulo Primero: ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

(Concejo Municipal de Medellín) Acción de nulidad contra el Acuerdo No. 12 de 1968, expedido por el Concejo Municipal de Medellín. (Auto de marzo 13

de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Ignacio Mejía Velásquez. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández). .. 483

Capítulo Segundo: ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL.

1. (Junta de Planeación Municipal de Cali) Acción de plena jurisdicción contra el acto contenido en el Acta No. 148 de Enero 11 de 1966 de la Junta de Planeación Municipal de Cali. (Sentencia de febrero 18 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Arcadio Muñoz Zúñiga. Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo). 493

2. (Secretaría de Educación, Salud y Bienestar de Medellín) Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos: 47 y 55 de mayo 2 y de junio 25 de 1969, expedidas por la Secretaría de Educación, Salud y Bienestar de Medellín. (Sentencia de marzo 21 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Compañía de Obras Urbanas Ltda. (John Quijano). Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez). 509

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

Capítulo Unico: RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1. (Responsabilidad Extracontratual) Indemnización por trabajos públicos. (Auto de febrero 25 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Actor: Luis Eduardo Builes y otro. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Castilla Sáiz). 519

2. (Responsabilidad Extracontractual) Indemnización debida a la mala aplicación e interpretación de la ley hecha por funcionarios de la Contraloría General de la República al practicar mal las visitas fiscales a los funcionarios de manejo, causándoles perjuicios. (Sentencia de marzo 3 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Actor: Alfonso Lombo Ortega. Consejero Ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis, con salvamento de voto del Consejero Dr. Alfonso Castilla Sáiz). 521

3. (Responsabilidad Extracontractual del Estado) Indemnización por falla del servicio que ocasionó la muerte de una persona. (Auto de mayo 19 de 1972.

Sála de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Actor: Luz Alba Echeverry vda. de Torres y otros. Consejero Ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera). 536

4. (Responsabilidad Extracontractual del Estado) Decreto de pruebas. (Auto de junio 22 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Actor: Winfried Manske. Consejero Ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera). .. 538

TITULO V

JUICIOS ELECTORALES

1. (Concejales del Distrito Especial de Bogotá) Nulidad de la declaratoria de elección de Concejales para el D. E. de Bogotá, en las elecciones celebradas el 19 de abril de 1970. (Sentencia de marzo 3 de 1972. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Actor: Nelson Robles. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez). 543

2. (Empresas Públicas de Pereira) Nulidad de los Decretos del Alcalde de Pereira por medio de los cuales nombró los miembros de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Pereira. (Sentencia de Mayo 9 de 1972. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Actor: Alberto Gutiérrez Botero y otro. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero, con salvamento de voto del Consejero Dr. Carlos Portocarrero Mutis). 552

3. (Empresas Públicas de Riosucio) Nulidad del Decreto 40 de julio 15 de 1971, expedido por el Alcalde de Riosucio por medio del cual designó miembros interinos de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Pereira. (Sentencia de mayo 9 de 1972. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Actor: Elí Galarza Jiménez. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Con salvamento de voto de los Consejeros Dres: Humberto Mora Osejo, Jorge Dávila Hernández y Alvaro Orejuela Gómez y constancia de los Consejeros Dres. Hernando Gómez Mejía y Carlos Portocarrero Mutis). 562

4. (Personero, Tesorero y Contralor del Municipio de Medellín y Auditor de las Empresas Públicas de esa ciudad) Nulidad de la elección en interinidad de Personero, Tesorero y Contralor del Municipio de Medellín y de Auditor de las Empresas Públicas de esa ciudad, hecha por el Concejo Municipal. (Sentencia de Mayo 10 de 1972. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Actor: Octavio Aristizábal Correa y otro. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez). 577

5 (Contralor General del Departamento de Nariño) Nulidad del acto administrativo por medio del cual la Asamblea del Departamento de Nariño eligió Contralor. (Sentencia de mayo 25 de 1972. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Actor: Teófilo Rocero E. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía, con salvamento de voto de los Consejeros Dres: Alfonso Castilla Saíz, Lucrecio Jaramillo Vélez, Alfonso Arango Henao, Jorge Dávila Hernández, Humberto Mora Osejo y Eduardo Aguilar Vélez). . . . 581

TITULO VI

JUICIOS DE REVISION DE IMPUESTOS

1. (Impuesto de Renta y Complementarios) Acción de revisión de impuestos sobre la renta y complementarios. (Auto de enero 26 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor Larsen Gavassa y Cía. Ltda. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero, con salvamento de voto del Consejero Dr. Miguel Lleras Pizarro). 601

2. (Inversión Obligatoria en Acerías Paz del Río) Juicio de revisión de impuestos. (Auto de febrero 10 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor Pan American World Airways Inc. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero). 614

3. (Ganancias ocasionadas con la venta de Bienes Raíces) Juicio de revisión de impuestos. (Sentencia de abril 27 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor Carlos Rivadeneira González. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero). 616

4. (Impuesto sobre la Renta, Complementarios y Especiales) Acción de revisión de impuestos y acción que surge de los artículos 36 de la Ley 63 de 1967 y 9o. de la Ley 8a. de 1970. (Auto de mayo 10 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: Gonzalo Caicedo Toro. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz). 622

INDICES

1. Indice Alfabético-analítico de las materias tratadas en las providencias contenidas en el presente Tomo. 627

2. Indice General del tomo. 739

PUBLICACIONES DEL FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Esta obra se imprimió en los Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia.

BOGOTA, D. E., 1974